Der Abnahmeverzug des Käufers im Handelsrecht

und seine Rechtsfolgen.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Gustav Wuggaetzer

aus Augsburg.

AGAD.
LAND.BAT.
BIBL.

Approbiert am 3. Juli 1911.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1911.

88

Referent: Universitäts-Professor Dr. Sehling

Seinen lieben Eltern.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543503_0109

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. **A. Einleitung** 1

B. Hauptteil.

I.

Die Bedeutung der Abnahme beim Kaufvertrag.

§ 2. a) In etymologischer Hinsicht 3
§ 3. b) In juristischer Hinsicht 7
§ 4. Kritik der bestehenden Ansichten über die juristische Bedeutung der Abnahmepflicht 14
§ 5. Die Abnahmepflicht als selbständig klagbare Pflicht 19
§ 6. Die Abnahmepflicht beim Kauf gegen Dispositionspapier . 24
§ 7. Welches ist die der Abnahmepflicht des Käufers korrespondierende Tätigkeit des Verkäufers? 26
§ 8. Welches ist der Erfüllungsort der Abnahmepflicht? 28

II.

Die Verletzung der Abnahmepflicht.

§ 9. Voraussetzungen des Abnahmeverzugs 30
§ 10. Gibt es Abnahme- ohne Annahmeverzug? 40
§ 11. Allgemeine Folgen 43
§ 12. Folgen bei gegenseitigen Verträgen 46
§ 13 u. 14. Findet § 326 BGB. beim Abnahmeverzug Anwendung? 49 und 60

C.

§ 15 u. 16. Ergebnis und Zusammenstellung . . . . . 65 und 66

Literaturverzeichnis.

Arndt, Lehrbuch der Pandekten. Stuttgart 1886.

Belling, Abnahmepflicht des Käufers. Leipziger Diss. Borna-Leipzig 1908.

Bretzfelder, Begriff der Abnahme beim Kauf und Werkvertrag. Erlanger Diss. Bamberg 1906.

Brinckmann, Abnahmepflicht beim Kauf und Werkvertrag und die Folgen der Verletzung. Leipziger Diss. Borna-Leipzig 1906.

Brinkmann, Handelsrecht. Heidelberg 1860.

Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1 u. 2. 4./5. Aufl. 1910.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. 7. Aufl. Stuttgart 1910.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 2. 1902.

Dernburg, Pandekten. Bd. 2. 7. Aufl. 1903.

Dernburg, Bürgerliches Recht. Bd. 2. 3. Aufl. 1906.

Düringer-Hachenburg, Handelsgesetzbuch. Bd. 1 u. 2. 2. Aufl. 1908 bis 1910.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. Berlin 1903.

Endemann, Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts. Bd. 2. Leipzig 1882.

Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. Abt. 2. 4./5. Aufl.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch. München 1909.

Fischer, Annahmeverzug des Käufers im Handelsrecht. Leipziger Diss. Borna-Leipzig 1908.

Fleck, Verzugslehre und Entwurf eines Handelsgesetzbuchs. Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 12 S. 252 ff.

Gareis, Deutsches Handelsrecht. 8. Aufl. Berlin 1909.

Gareis, Handelsgesetzbuch. Handausgabe. München 1909.

Hohenstein, Abnahme-(Annahme-)verzug des Käufers (Gläubigers). Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 25 S. 69 ff.

Jakobi, Die Abnahmepflicht der Käufers. In Jherings Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen Rechts Bd. 45 S. 259 ff.

Kohler, Annahme und Annahmeverzug. In Jherings Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen Rechts Bd. 17 S. 261 ff.

Kohler, Gläubigerverzug. Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 13 S. 149 ff.

Lehmann, Die Bedeutung des Ausdrucks „Abnahme". In der Deutschen Juristenzeitung 1902 S. 491 ff.

Lehmann-Ring, Handelsgesetzbuch. Berlin 1901.

Lippmann, Gibt der Abnahmeverzug des Käufers für sich allein dem Verkäufer die Rechte aus § 326 BGB. In der Deutschen Juristenzeitung 1904 S. 800 ff.

Madai, Lehre von der mora. Halle 1837.

Makower, Handelsgesetzbuch. Bd. 1. 1904.

Makower, Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch. 1890.

Mommsen, Die Lehre von der mora. Braunschweig 1855.

Müller, Abnahmepflicht des Käufers. Leipziger Diss. Borna-Leipzig 1910.

Neumann, Bürgerliches Gesetzbuch. Bd. 1. 3. Aufl. Berlin 1903.

Oberloskamp, Abnahmepflicht. Leipziger Diss. Borna-Leipzig 1905.

Oertmann, Der Kauf mit Spezifikation. Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 85 S. 202 ff.

Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse. 3./4. Aufl. Berlin 1910.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch. Bd. 2. 3. Aufl. Berlin 1907.

Prot. = Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Romeick, Zur Technik des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Heft 1: Fristbestimmung. Stuttgart 1901.

Rosenberg, Verzug des Gläubigers. In Iherings Jahrbüchern Bd. 43 S. 141 ff.

Ritter, Handelsgesetzbuch. 1910.

Schneider, Beitrag zur Auslegung der „Abnahmepflicht" im Bürgerlichen Gesetzbuch beim Kauf und Werkvertrag. Essen-Ruhr 1906.

Siméon, Bürgerliches Gesetzbuch. Bd. 1. 4. Aufl.

Staub, Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch. 1897.

Staub, Handelsgesetzbuch. Bd. 1 u. 2 6./7. Aufl. 1900, 8. Aufl. Berlin 1907.

Staudinger, Bürgerliches Gesetzbuch. Bd. 2. 5./6. Aufl. 1910.

Striebinger, Begriff „Abnahme" beim Kauf und Werkvertrag. München 1906.

Treitschke, Kaufkontrakt. 2. Aufl. 1865.

Wolff, Lehre von der mora. Göttingen 1841.

Z. G. = Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Einleitung.

§ 1.

Die rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen des Handels bewegen sich teils auf dem Gebiete des Sachenrechts, wie z. B. die Eigentumsübertragung, teils auf dem Gebiete des Rechts der Schuldverhältnisse.[1]) Auf beiden Gebieten enthält das Handelsgesetzbuch nur einzelne Normen, das Bürgerliche Gesetzbuch aber die meisten und die grundlegenden Rechtssätze. Auf das Bürgerliche Gesetzbuch verweist Art. 2 EG. z. HGB., wonach die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches in Handelssachen insoweit zur Anwendung kommen, als nicht im Handelsgesetzbuch und im Einführungsgesetz zum Handelsgesetzbuch etwas anderes bestimmt ist. Das bürgerliche Recht ist also stets anwendbar, wenn nicht das Handelsgesetzbuch oder Handelsgewohnheitsrecht[2]) eine besondere Regel enthält.

Das frühere Handelsrecht enthielt zahlreiche Bestimmungen des Rechts der Schuldverhältnisse, die nunmehr dem Bürgerlichen Gesetzbuch überwiesen und in ihm rechtseinheitlich geordnet sind. Nur in ganz wenigen Beziehungen finden sich im Handelsgesetzbuch noch besondere Normen, teils Abweichungen, teils Ergänzungen des allgemeinen bürgerlichen Rechts.

Weitaus das wichtigste Geschäft des Handels ist der Kauf. Trotz der hervorragenden Stellung des Kaufs enthält das Handelsgesetzbuch verhältnismäßig wenige

---

[1]) Gareis, HGB. Handausgabe 1909.

[2]) D. h. die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche.

handelsrechtliche Sondervorschriften. Und diese wenigen Vorschriften gelten nur für den Handelskauf über Waren und Wertpapiere,[1]) nicht bei Kaufverträgen über Immobilien, Hypotheken und Rechte, die nicht in Wertpapieren verkörpert sind.[2]) Ferner muß es sich um einen Kauf handeln, der wenigstens auf seiten eines Kontrahenten Handelsgeschäft ist, also im Gewerbebetrieb eines Kaufmanns abgeschlossen wird.[3])

Eine handelsrechtliche Sondervorschrift bildet § 373 HGB., der dem Verkäufer im Falle des Annahmeverzugs des Käufers zwei Rechtsbehelfe in die Hand gibt, wodurch er im gegebenen Falle sich der Kaufsache ohne Mitwirkung des Käufers entledigen kann, nämlich Hinterlegung und Selbsthilfeverkauf. Daneben beläßt § 374 HGB. dem Verkäufer im Falle des Annahmeverzugs des Käufers die ihm in diesem Falle nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch zustehenden Rechte.[4]) Der Verkäufer kann also ganz nach Belieben wählen.

Dagegen ist der Abnahmeverzug des Käufers in den §§ 373, 374 HGB. nicht behandelt, und es ist bezüglich seiner gesetzlichen Regelung auf das Bürgerliche Gesetzbuch zurückzugreifen, wo sich in den Bestimmungen über den Kauf (§ 433 Abs. 2) der Begriff der Abnahme findet.

Ist nun auch im Bürgerlichen Gesetzbuch die Abnahmepflicht des Käufers ausgesprochen worden, so blieb die juristische Konstruktion dieses Rechtsverhältnisses und der durch sie entstehenden Rechtsbeziehungen der Wissenschaft vorbehalten. Sie sollte da, wo die gesetzlichen Bestimmungen Lücken ließen, den Weg zu einem richtigen Urteil weisen.

---

[1]) §§ 377 ff. HGB.
[2]) § 381 HGB.
[3]) §§ 343 f. HGB.
[4]) §§ 293 ff. BGB.

Dies sei in folgendem unsere Aufgabe. Bei sachlicher Kritik der Literatur und Judikatur über die Annahme- und Abnahmepflicht des Käufers wollen wir der Anschauung beitreten, die, theoretisch haltbar, dem Grundgedanken des Handels, Treu und Glauben, am meisten Rechnung trägt und eine sich immer mehr breitmachende, unerwünschte Divergenz zwischen dem Handel und dem bürgerlichen Recht hintanzuhalten imstande ist.

§ 2.

§ 241 BGB. sagt: „Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern". Damit, sollte man glauben, sei klar und deutlich genug ausgedrückt, daß im geltenden Recht der Gläubiger berechtigt, aber nicht verpflichtet sei, die ihm vom Schuldner vertragsmäßig angebotene Leistung anzunehmen. Hierüber herrschte lebhafter Streit, auf den weiter unten zurückzukommen sein wird. Zunächst erhellt aus obiger Gesetzesbestimmung, daß jedes Schuldverhältnis den Zweck hat, einer bestimmten Person, dem Gläubiger, eine Leistung zu verschaffen. Der Weg, auf dem dieser Zweck erreicht wird, kann ein sehr verschiedenartiger sein. Es gibt Fälle, wo die Erfüllung des Schuldverhältnisses ohne Mitwirkung des Gläubigers durch ein ganz einseitiges Tun des Schuldners erfolgen kann,[1]) z. B. bei der Ausführung eines Auftrags. „Es ist unrichtig" — führt Kohler[2]) aus —, „wenn immer behauptet

[1]) Mommsen, Die Lehre von der mora S. 137; Kohler in Iherings Jahrb. Bd. 17 S. 261 ff. und im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 13 S. 276; Rosenberg, Iherings Jahrb. Bd. 43 S. 141 ff.

[2]) Kohler, Annahme und Annahmeverzug, Iherings Jahrb. Bd. 17 S. 261 f.

wird, daß die Erfüllung ein zweiseitiges zwischen Schuldner und Gläubiger abgeschlossenes Rechtsgeschäft sei. Vielmehr ist die Erfüllung die Erzeugung eines bestimmt geeigenschafteten Effekts, ohne daß es weiter darauf ankommt, in welcher Weise und durch welche Mittel der entsprechende Effekt erzeugt wird. Zur Erfüllung kann ein zweiseitiges Rechtsgeschäft erforderlich sein, wie z. B. zur Überführung des Eigentums in das Vermögen des Gläubigers, allein hier ist das Rechtsgeschäft erforderlich des Rechtseffekts wegen, nicht des Erfüllungsaktes halber. Es ist auch eine Erfüllung, wenn mir der Spengler eine Lampe ausbessert, der Zahnarzt einen Zahn zieht. Solvere dicimus eum, qui fecit, quod facere promisit."

In den weitaus meisten Fällen wird der Schuldner ohne eine unterstützende Handlung des Gläubigers nicht imstande sein, seiner Vertragspflicht nachzukommen. Ist darnach zur Lösung des Schuldverhältnisses eine Mitwirkung des Gläubigers erforderlich, dann ist sie bald eine juristische, bald eine faktische; letzteres immer dann, wenn sie lediglich in den Naturkausalismus eingreift und zu einem Natureffekt beihilft, ersteres dann, wenn diese Tätigkeit einen von dem physischen Effekt verschiedenen Rechtseffekt bewirken oder zu bewirken geeignet ist. In der Regel wird die Mitwirkung des Gläubigers zur Lösung des Schuldverhältnisses in der Annahme bezw., was dem gleichsteht, in dem Abholen der angebotenen Leistung bestehen. Der Gläubiger kann aber auch in anderer Weise mitwirken, sei es durch vorbereitende Handlungen, wie Ausüben eines Wahlrechts, Zustellen einer Rechnung, sei es durch gleichzeitige Handlungen, z. B. Bewirken der Gegenleistung. Über den Charakter dieser Mitwirkungshandlungen des Gläubigers bestehen große Meinungsverschiedenheiten. Die Frage, ob der Gläubiger

verpflichtet ist, bei der Lösung des Schuldverhältnisses mitzuwirken, die ihm vertragsmäßig angebotene Leistung anzunehmen — eine Frage, die bei der Lehre vom Gläubigerverzug von Bedeutung ist — war vor allem im gemeinen Recht sehr umstritten. Zu den Vertretern der Richtung, die sich uneingeschränkt für die Pflicht des Gläubigers zur Annahme ausspricht, gehören insbesondere Madai und Wolff[1]): „Die Mitwirkung ist eine Pflicht des Gläubigers, wie die Leistung eine Pflicht des Schuldners ist. Beide Teile sind in gleicher Weise verpflichtet, an der Leistung des seiner Natur nach nur zeitlich angelegten Nexus zu arbeiten. Und wie sich der Gläubiger beklagen kann, wenn dies der Schuldner unterläßt, so kann sich der Schuldner über den Gläubiger beschweren, wenn dieser seine Mitwirkung versagt. Hiernach besteht auf beiden Seiten eine vollkommene Korrespondenz: Leistungs-, (Schuldner-), Mitwirkungs- (Gläubiger-)pflicht". Würde man diese Ansicht als Regel aufstellen, so stände der Erfüllungspflicht des Schuldners die Annahmepflicht des Gläubigers gegenüber, und gäbe es in der Tat kein einseitiges Schuldverhältnis. Darnach wäre auch die stipulatio zweiseitig, von der die Quellen[2]) bezeugen, daß sie ein eine einseitige strenge Forderung erzeugender obligatorischer Vertrag gewesen ist.

Es gereicht Mommsen[3]) zum Verdienst, daß er die Nichtverpflichtung des Gläubigers zur Annahme der ihm angebotenen Leistung rückhaltlos betont hat. Der Gläubiger ist nicht verpflichtet — so führt Kohler, der sich Mommsens Ansicht angeschlossen hat, aus —, „die

---

[1]) Madai, Die Lehre von der mora S. 227/28; Wolff, Zur Lehre von der mora S. 406.

[2]) Gaius III § 137 § 3, Inst. III, XXII.

[3]) Mommsen a. a. O. S. 134.

Leistung anzunehmen, es ist die Annahme ein Recht und nur ein Recht, keine Pflicht. Der Gläubiger darf z. B. seinen Schuldner, der ihm zahlen will, abweisen, er ist nicht verpflichtet, eine von ihm gemietete Wohnung zu beziehen". Sein eigenes Interesse wird ihn natürlich veranlassen, die Leistung anzunehmen; gezwungen kann er dazu nicht werden. Kohler beruft sich zur Bekräftigung seiner Theorie auf unser sittliches Gefühl. Sollte jemand wirklich gezwungen sein, die gekauften, aber nunmehr als für seine Zwecke unbrauchbar oder schlecht erkannten Bücher entgegenzunehmen oder die bestellte Zeitung, die ihn öffentlich bloßstellt, sich ins Haus schicken zu lassen, um sie dann zu vernichten? Wie schon erwähnt, wird der Gläubiger in der Überzahl der Fälle mit Rücksicht auf sein eigenes Interesse sich veranlaßt sehen, von dem ihm zustehenden Recht Gebrauch zu machen, wenn anders er nicht Schaden erleiden soll, aber der Schuldner hat hierauf kein Recht.

Diese Theorie hat das Bürgerliche Gesetzbuch anerkannt und demgemäß auch in § 241 bestimmt, daß der Gläubiger kraft des Schuldverhältnisses berechtigt ist, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern.[1]) Wer zur Leistung berechtigt und nur berechtigt ist, ist zur Entgegennahme nicht verpflichtet. Unterläßt der Gläubiger die seinerseits erforderliche Mitwirkung zur Lösung des obligatorischen Bundes, nimmt er also das Geld nicht an, holt er das gekaufte Pferd nicht ab, zieht er in die gemietete Wohnung nicht ein, so verletzt er keineswegs eine ihm obliegende Pflicht, eine Leistung zu vollbringen, sondern läßt lediglich ein ihm zustehendes Recht unbenutzt. Freilich knüpft das Bürgerliche Gesetzbuch an diese Unterlassung

[1]) Staudinger a. a. O. S. 192 ff.

des Gläubigers besondere Nachteile für den Gläubiger (§§ 300 ff. BGB.); hieraus aber den Schluß zu ziehen, daß dem Gläubiger deswegen die Pflicht obliege, die Leistung anzunehmen, wäre irrig. Denn das Bürgerliche Gesetzbuch knüpft an die Unterlassung einer wahren, wirklichen Pflicht, der Leistungspflicht, andere Folgen, die Folgen eines Leistungsverzuges. Es behandelt den Verzug des Schuldners unter dem Titel: Verpflichtung zur Leistung. Daran schließt sich als neuer Titel an: Verzug des Gläubigers. Man hat diese Einteilung als unlogisch und unsystematisch getadelt.[1]) Der Grund ist eben darin zu erblicken, daß der Gläubiger durch seinen Verzug nur ein Recht unbenutzt läßt, während der Schuldner durch seinen Verzug eine Pflicht verletzt.

§ 3.

Wenden wir die gefundenen Resultate auf unser Schuldverhältnis, den Kauf an, so ist die Lage des Verkäufers grundsätzlich die gleiche wie bei allen anderen Obligationen. Nichts spricht dafür, daß der Käufer sich die gekaufte Sache aufdrängen zu lassen braucht.

Ist aber der Käufer einer Sache, der Gläubiger einer Leistung zu deren Annahme nicht verpflichtet, so kann derselbe grundsätzlich nicht verpflichtet sein, die gekaufte Sache an sich zu nehmen, dieselbe abzunehmen.

Das Gesetz geht aber weiter, indem es beim Kauf entgegen der Regel, daß der Gläubiger einer Leistung zu deren Abnahme nicht verpflichtet ist, dem Käufer allgemein die Verpflichtung zur Abnahme der gekauften Sache auferlegt. Diese Bestimmung findet sich in den §§ 433 Abs. 2 u. § 448 BGB.

---

[1]) Dagegen Oertmann a. a. O. Vorbem. zu §§ 289, 290.

§ 433 Abs. 2 BGB. lautet: „Der Käufer ist verpflichtet, dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen und die gekaufte Sache abzunehmen".

Förtsch[1]) meint: „Ein Hauptkreuz seit Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuchs bildet für die Praxis das Wort ‚Abnahme'. Das Bürgerliche Gesetzbuch versteht darunter beim Kaufvertrag die Handlungen des Käufers, durch die er die gekaufte Sache, nachdem sie ihm tatsächlich angeboten ist, in seinen Besitz nimmt, gleichviel ob sie ihm gebracht wird oder er sie holt. Es ist bedauerlich, daß der Gesetzgeber sich nicht entschlossen hat, in § 433 Abs. 2 BGB. die Verpflichtung des Käufers unter Vermeidung des Wortes ‚abnehmen' auszudrücken etwa mit den Worten ‚an sich nehmen'".

Im allgemeinen stimmen wir der Ansicht von Förtsch bei, glauben aber, daß die von ihm vorgeschlagene Änderung und Einschiebung praktisch zu unannehmbaren Folgen führen kann. Denn wenn der Zweck der Abnahmepflicht der ist, daß der Käufer auf irgendeine Weise dafür zu sorgen hat, daß der Verkäufer von dem Besitze der verkauften Sache befreit werde, so kann nicht das Gesetz die Forderung aufstellen, daß der Käufer die Sache an sich nehme. Der herbeizuführende Erfolg, die Befreiung des Verkäufers von der Kaufsache, wird ebensogut erreicht, wenn der Käufer die gekaufte Sache aus dem Besitz des Verkäufers fortschaffen läßt, gleichgültig durch wen und wohin.[2]) Würde das Gesetz ein „an sich nehmen" fordern, so dürfte die praktische Folge sein, daß der Käufer dadurch zur Annahme der Leistung als Erfüllung gezwungen würde.

---

[1]) DJZ. 1905 S. 17/18.

[2]) Dagegen Oberloskamp a. a. O. S. 5.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat den Begriff der Abnahme nicht einheitlich verwendet. Verstehen wir unter „abnehmen" „annehmen"?[1] Letzteren Begriff verwendet das Bürgerliche Gesetzbuch stets einheitlich, und wir können ihn dahin bestimmt fassen: „Annehmen im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist annehmen als Erfüllung".[2] Anders dagegen der Begriff „abnehmen". Zwar dürfte ihm in § 640 BGB. dieselbe Bedeutung zuzusprechen sein wie dem Begriffe „annehmen"; denn hier hat der Werkbesteller die Pflicht, das Werk körperlich hinwegzunehmen, und zwar als Erfüllung im Sinne und mit der Wirkung des § 363 BGB.[3] Dagegen kann der Begriff „Abnahme" in § 448 BGB. — die Kosten der „Abnahme" der Sache fallen dem Käufer zur Last — nichts anderes bedeuten als den Akt der tatsächlichen, körperlichen Wegnahme. Dasselbe trifft zu für den Begriff „Abnahme" in § 443 Abs. 2 BGB.[4] Wir haben nicht die geringste Veranlassung, vom Sprachgebrauch des täglichen Lebens (s. unten S. 13) abzugehen. Denn wenn der Zweck dieser Bestimmung ist, den Verkäufer von der Verpflichtung zu längerer Aufbewahrung und Obhut über die Sache zu entheben, wenn z. B. die Ware einen größeren Lagerraum beansprucht, diesen wieder für andere Zwecke frei und verfügbar zu machen, so ist diesem Zweck durch die Hinwegnahme Genüge geschehen.

---

[1]) Staudinger a. a. O. S. 192: „Der Käufer kann die gekaufte Sache tatsächlich abnehmen, aber trotz Vertragsmäßigkeit der Sache erklären, er erkenne die Leistung nicht als die geschuldete an".

[2]) Planck a. a. O. zu § 364; Staudinger a. a. O. zu § 293; Oertmann a. a. O. zu §§ 464, 363, 341; Müller, Diss. S. 12.

[3]) Planck, Oertmann a. a. O. zu § 640; and. M. Cosack a. a. O. § 148 I, 3; Rosenberg a. a. O. Bd. 43 S. 255. übereinst. Bretzfelder, Diss. S. 70ff.; Striebinger S. 44ff.

[4]) RGE. Bd. 53 S. 161.

Unsere Auffassung findet ihre Bestätigung in den Vorarbeiten zum Bürgerlichen Gesetzbuch.[1])

Die Protokolle[2]) berichten, Abnahme entspreche dem technischen Begriff der tatsächlichen Wegnahme im Gegensatz zu dem juristischen Akt der Übergabe. Während die Mehrheit übereinstimmend die Abnahme als „Annahme als Erfüllung" betrachtet wissen wollte und eine Anregung der Kommission dahin gegeben wurde, die verschiedene Bedeutung der „Abnahme" in § 459 (jetzt § 433 Abs. 2) auf der einen Seite und in den Vorschriften über den Werkvertrag auf der andern Seite durch eine Redaktionsänderung zum deutlichen Ausdruck zu bringen, beließ es die Redaktionskommission bei dem ursprünglichen Wortlaut.

Wir fassen auf dieser Grundlage die Gesetzesstelle mit der herrschenden Meinung[3]) so auf, daß Abnahme die rein körperliche Hinwegnahme bedeutet. Und zwar erscheint diese Pflicht als ein naturale negotii, nicht eine dem Kaufvertrag wesentliche Folge; sie kann also durch Parteivereinbarung ausgeschlossen werden.

Im früheren gemeinen Recht war die Frage, ob der Käufer zur Abnahme der gekauften Sache verpflichtet sei, lebhaft bestritten. Ohne Einschränkung wurde die Frage

---

[1]) s. § 4 der Abh.

[2]) Prot. Bd. 2 und Z. G. Bd. 2 S. 226/27.

[3]) Endemann a. a. O. § 159 Nr. 2; Crome a. a. O. S. 424; Düringer-Hachenburg, Das HGB. S. 50; Dernburg a. a. O. Bd. 2 S. 162; Planck zu § 433 Nr. 7; Staub a. a. O. Exk. vor § 373 Anm. 67; Fischer-Henle, BGB. zu § 433 Nr. 11; Hohenstein im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 25 S. 71; Lehmann in DJZ. 1902 S. 491; RG. Bd. 53 S. 161, Bd. 57 S. 109; Enneccerus a. a. O. zu § 433; vgl. ferner die umfassenden Ausführungen in der Dissertation von Müller S. 31; Oberloskamp S. 5.

bejaht von Treitschke,[1]) Brinckmann[2]) u. a., durchaus verneint von Mommsen[3]) und Kohler.[4]) Einen Mittelweg schlägt eine dritte Richtung[5]) ein, die den Rechtsgrund einer Klage des Verkäufers auf Abnahme der Leistung in dem Interesse des Verkäufers an der Abnahme sieht, so daß, wenn kein Interesse vorhanden ist, auch keine Abnahmepflicht besteht. Aber auch diese Richtung zerteilt sich wieder in zwei Gruppen; die eine Gruppe läßt nur ein bereits beim Kaufabschluß eingetretenes Interesse des Verkäufers an der Abnahme, die andere auch ein solches genügen, das sich erst später geltend macht. Schließlich sind auch die Vertreter der letzteren Ansicht untereinander uneins. Die einen halten jedes beliebige Interesse des Verkäufers an der Abnahme für ausreichend, so daß die Klage auf Abnahme nur in den seltenen Fällen nicht gegeben wäre, in denen jedes Interesse des Käufers an der Abnahme fehlt, die andern wollen eine Klage nur zulassen, wenn der Verkäufer im einzelnen Fall ein besonderes Interesse an der Abnahme darlegt.[6])

Für das alte Handelsgesetzbuch hat sich die Auslegung des Art. 346 durch neuere Entscheidungen des Reichsgerichts wesentlich geändert. Art. 346 lautet: „Der Käufer ist verpflichtet, die Ware zu empfangen, sofern sie vertragsmäßig beschaffen ist oder in Ermanglung besonderer Verabredungen den gesetzlichen Erfordernissen entspricht

---

[1]) Treitschke, Der Kaufkontrakt § 77 S. 273.
[2]) Brinckmann, HR. § 100.
[3]) Mommsen a. a. O. S. 134.
[4]) Kohler im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 13 S. 276.
[5]) Dernburg, Pand. Bd. 2 § 97.
[6]) Wolff a. a. O. S. 490 ff.

(Art. 355). Die Empfangnahme muß sofort geschehen, wenn nicht ein anderes bedungen oder ortsgebräuchlich oder durch die Umstände geboten ist". Eine Erklärung, was es eigentlich unter „Empfangnahme" verstehe, bleibt auch das alte Handelsgesetzbuch schuldig. Auch die Rechtsprechung war keineswegs eine konstante. Bald verband sie mit dem Begriff der Empfangnahme den Gesichtspunkt der Anerkennung als Erfüllung,[1]) bald wieder nicht.[2]) Das Reichsgericht[3]) legte dem Artikel nicht die Bedeutung bei, daß er ein Klagerecht des Verkäufers auf Abnahme oder Empfangnahme der Ware involviere. Vielmehr sei seine Bedeutung die, daß der Käufer die vertragsmäßig gelieferte Ware nicht zurückweisen dürfe.

Mit Recht bezeichnet Jakobi[4]) diese Auslegung als eine gewagte, da es keiner besonderen Regel für den Handelskauf bedurfte des Inhalts: „Der Käufer darf die vertragsmäßig gelieferte Ware nicht zurückweisen". Denn die Folge einer solchen Zurückweisung wäre auch ohne eine besondere Bestimmung des Handelsgesetzbuchs mindestens die gewesen, daß der Käufer in Annahmeverzug geraten würde.

Anders faßt eine jüngere Entscheidung des Reichsgerichts[5]) die Pflicht des Käufers zur Empfangnahme der Ware im Sinne des alten Handelsgesetzbuchs auf. Nach ihr hat die Empfangnahme mit der Annahme der Ware als Erfüllung, also deren Billigung, überhaupt nichts zu tun, sondern sie stelle nur den Akt dar, der die

---

[1]) ROHG. Bd. 21 S. 259; RG. Bd. 3 S. 89, Bd. 30 S. 117; Makower, Komm. z. allgem. deutschen HGB. S. 388 Anm. 19a.

[2]) ROHG. Bd. 7 S. 359.

[3]) RG. Bd. 5 S. 392, Bd. 26 S. 213, Bd. 30 S. 117.

[4]) Jakobi a. a. O. S. 262.

[5]) RG. Bd. 43 S. 46.

abgelieferte Ware vom Verkäufer entgegennehme, den Verkäufer dadurch von der Verpflichtung zur Aufbewahrung der gekauften Sache befreie und den Käufer nach Art. 348 zur Sorge um die einstweilige Aufbewahrung verpflichte.

Zwar erhellt hieraus, daß es an einer Bestimmung, ob der Käufer zur Abnahme der Sache verpflichtet ist, nicht fehlte, daß jedoch auch diese Bestimmung nicht wenig Zweifel erregte.

Eines finden wir in der Geschichte der Abnahmepflicht des Käufers immer wieder: Allzeit war die Abnahmepflicht ein Gegenstand des Streits und Zweifels. Das trifft auch für das geltende Recht zu. Wenn dasselbe die Pflicht des Käufers auch normiert, den Kaufpreis zu zahlen und die gekaufte Sache abzunehmen,[1]) ohne auszusprechen, was es eigentlich unter „Abnahme" verstanden wissen will, so ist es auch hier nicht zu verwundern, wenn ein lebhafter Streit über Definition und Existenz der Abnahmepflicht herrscht.

Bei unserer Erörterung erscheint es uns am zweckmäßigsten, vom Sprachgebrauch des täglichen Lebens auszugehen. Sodann werden wir zu prüfen haben, ob irgendwelche Gründe uns veranlassen könnten, anzunehmen, daß das Bürgerliche Gesetzbuch von diesem Sprachgebrauch abgewichen ist.

Der Sprachgebrauch des täglichen Lebens versteht unter „Abnahme" den reinen Akt der tatsächlichen Wegnahme. Abnehmen ist gleich Inempfangnehmen, jemand gleichsam befreien durch Ablösen der Fesseln.[2])

Anders der Sprachgebrauch in der Geschäftswelt. Diese versteht unter Abnahme die Erfüllungshandlungen

---

[1]) § 433 Abs. 2 BGB.

[2]) Wörterb. der deutschen Sprache von Dr. Wilh. Hoffmann.

des Käufers überhaupt, also insbesondere die rechtsgeschäftlichen Handlungen des Käufers, durch die eine Unbestimmtheit in bezug auf Lieferung der Ware nach Zeit, Ort, Art und Gegenstand beseitigt und dem Verkäufer erst eine körperliche Ablieferung der Ware ermöglicht wird, also insbesondere der Abruf und die Spezifikation.[1] Nach der konstanten Rechtsprechung stellt der Abruf der gekauften Ware, insbesondere auch bei Sukzessivlieferungsverträgen, nicht einen Teil der Abnahmepflicht dar, sondern ist eine neben dieser bestehende besondere Pflicht.[2] Auch die Spezifikationshandlungen sind, wie später auszuführen sein wird, nicht Teil der Abnahme (im Rechtssinne), sondern analog zu behandelnde Akte.

§ 4.

Wenn wir nun auf die Abnahmepflicht des Käufers weiter eingehen und nach der gesetzlichen Bedeutung derselben fragen, so werden wir uns auch in dieser Frage der herrschenden Meinung anschließen, deren Urteil auf sichere Anhaltspunkte gestützt ist, da der Boden durch eine ausgiebige öffentliche Erörterung des Für und Wider genügend vorbereitet ist.[3] Dieselbe erachtet im § 433 Abs. 2 BGB. eine Verpflichtung des Käufers zur Abnahme als begründet, auf die bezw. deren Erfüllung der Verkäufer einen Anspruch hat und die in der Regel auch durch Verzicht des Käufers auf den Leistungsgegenstand nicht beseitigt werden kann.

Bei der Betrachtung scheidet der Fall aus, daß der Käufer die Wegschaffung der gekauften Sache vertrags-

---

[1]) RG. Bd. 57 S. 109.

[2]) Seufferts Arch. Bd. 63 S. 8; Staudinger a. a. O. S. 192.

[3]) RG. Bd. 53 S. 161.

mäßig übernommen hat. In diesem Fall hat der Käufer den Inhalt des Vertrags zu erfüllen, unabhängig davon, daß das Gesetz dem Käufer eine Abnahmepflicht auferlegt.

Gegen die herrschende Ansicht sind insbesondere Kohler[1]) und Romeick,[2]) deren Standpunkt folgender ist:

Kohler meint, es entspreche dem Wesen des Schuldverhältnisses, daß der Gläubiger, der eben Gläubiger und nichts anderes als Gläubiger, daher berechtigt und nur berechtigt sei, zu nichts anderem verpflichtet sein könne.[3]) Dies ist, so allgemein gesprochen, nicht richtig.[4]) Möglich ist die Pflicht des Gläubigers zur Mitwirkung, daß der mit dem Besitz der Kaufsache belastete Schuldner von dieser Last befreit werde. Wie der Gläubiger ein Recht auf endgültige Befriedigung hat, so hat der Schuldner ein Recht darauf, daß der Gläubiger die seinerseits erforderliche Mitwirkung zur Lösung des Schuldverhältnisses vornimmt. Nur kann diese Pflicht des Gläubigers zur Mitwirkung nicht eine solche sein, daß der Schuldner ein selbständiges Recht auf Abnahme hat.

Kohler scheint zu übersehen, daß der Schuldner (Verkäufer) mit dem Besitz der verkauften Sache ungleich schwerer belastet ist, als wenn er die Sache unverkauft besäße. Im letzteren Falle könnte er sich ihrer ohne Gefahr, jemandem verantwortlich zu werden, einfach entledigen, nicht aber wenn er sie verkauft hat. So wenn z. B. der Verkäufer einen Löwen für den Käufer (Gläubiger) bereithalten muß. Wenn die Erfüllungszeit gekommen ist, hat er das Recht, nicht nur seiner Pflicht ledig zu

---

[1]) Kohler im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 13 S. 260, 174.
[2]) Romeick, Zur Technik des BGB. Heft 1 S. 56, 110 Nr. 6.
[3]) Derf. A. Crome a. a. O. Bd. 2 S. 145 ff.
[4]) Jakobi a. a. O. S. 270.

werden, sondern die geschuldete Sache, die er bei sich hat sich vom Halse zu schaffen.

Im alten römischen Recht ergab sich a priori folgendes rücksichtslos energische System: Sollte dem Gläubiger eine Sache übergeben werden und holte er die Ware nicht ab, so stellte man sie auf die Straße. Der Gläubiger konnte sie dann holen und den Traditionsakt vollenden. Handelte es sich um Wein, den man ohne Fässer gekauft hatte, so ließ man den Wein laufen. Jene Zeit war war wohl dazu angetan, ein solches Resultat erträglich zu finden; das geltende Recht gestattet dem Verkäufer-Schuldner die Dereliktion der verkauften Sache nicht mehr. Es ergibt sich dies eben aus dem Wesen der Obligation. Verbietet es aber das Gesetz, dann muß es den weiteren Schritt tun und den Schuldner von der verkauften Sache zu befreien suchen, soweit es möglich ist, ohne den Gläubiger zur Annahme zu verpflichten. Ist es daher nicht billig, daß das Gesetz dem Käufer die Pflicht auferlegte, auf irgendeine Weise zu sorgen, daß der Verkäufer des Besitzes der Sache los werde.

Wie sollte sich das Gesetz anders ausdrücken, um eine obligatorische Pflicht zur Abnahme festzustellen, wenn nicht im § 433 Abs. 2 BGB.?

Da sie nun, wie weiter oben vorweggenommen wurde, nicht zum Inhalt haben kann, daß der Käufer verpflichtet ist, die Sache vom Verkäufer fort- und an sich zu nehmen — denn niemals kann ein Schuldner das Recht haben, daß der Gläubiger die Sache an sich nimmt —, so bleibt nichts anderes übrig, als daß der Käufer verpflichtet ist, die Sache dem Verkäufer vom Hals zu schaffen. Wollte es dem Gläubiger einfallen, sein Recht auf Abnahme schikanös ausüben zu wollen, so dürfte ihm eine Hilfe im § 226 BGB. zur Hand stehen,

der die Ausübung eines Rechts bloß zu dem Zwecke, einem andern Schaden zuzufügen, verbietet.[1])

Den Ausführungen Kohlers hat sich Romeick[2]) angeschlossen. Er geht zwar von dem Begriff der Abnahme als der tatsächlichen Wegnahme der Ware durch den Käufer aus, meint aber, daß die Abnahme keinen selbständigen Wert hat, bestreitet, daß die Abnahme eine Leistung, eine Verpflichtung des Käufers sei, und behauptet, die Abnahme sei nur eine die Annahme betätigende Ausführungshandlung, eine Handlung, durch welche der Käufer seine Gläubigerverpflichtung, die Annahme, erfülle.

Dagegen ist folgendes zu sagen: Die Pflicht zur Abnahme ist keine Gläubigerverpflichtung wie die Annahme. Romeick nennt die Annahme eine Gläubigerverpflichtung offenbar deshalb, weil der Gläubiger zwar zur Annahme nicht gezwungen werden kann, ihn aber, wenn er nicht annimmt, die Nachteile des Annahmeverzuges treffen. Daß aber die Abnahmepflicht keine Gläubigerverpflichtung in diesem Sinne sein kann, sondern eine wirkliche, durch Klage erzwingbare Pflicht bedeutet, zeigt die Erwägung, daß die angebliche Pflicht zur Annahme nicht nur der Käufer, sondern jeder Gläubiger hat, daß daher die ausdrückliche und offenbar besondere Auferlegung im § 433 Abs. 2 BGB. vollkommen überflüssig wäre, wenn sie die von Romeick behauptete Bedeutung hätte.[3])

Wenn Romeick sagt: „es ist nicht schon alles das, wozu ein Teil kraft des Schuldverhältnisses verpflichtet ist, eine Leistung", so hat er damit zweifellos nichts Neues vorgebracht. Gemeint sind die Mitwirkungs-

[1]) Dagegen Jakobi a. a. O. S. 274; richtig Rosenberg a. a. O. S. 251.

[2]) Romeick a. a. O. S. 58.

[3]) Ebenso Laband im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 74 S. 305 ff.

handlungen des Gläubigers bei der Erfüllung durch den Schuldner, deren Unterlassen die spezifischen Gläubigerverzugswirkungen nach sich zieht. Daß aber die Abnahme durch den Käufer auch eine solche Mitwirkungshandlung sei, diesen Beweis ist Romeick schuldig geblieben.

Dafür, ob eine klagbare Pflicht, eine Leistung im technischen Sinne vorhanden ist, sprechen in erster Linie formale Gesichtspunkte. Sie ist überall dort vorhanden, wo das Gesetz sagt: „Der Schuldner (= Käufer) ist verpflichtet . . ."

Auch Lippmann[1]) ist der Ansicht, die Abnahme sei keine Leistung, keine selbständige Schuldnerpflicht. Wenn er den Begriff der klagbaren Leistung dahin zu definieren versucht, daß Leistung nur die Tätigkeit des Schuldners ist, durch welche er seine Schuldnerpflicht erfüllt und damit das Schuldverhältnis zur Erledigung bringt, so trifft er damit nicht das Richtige.[2]) Die Definition versagt vollständig, wenn man sie entsprechend auf andere Schuldverhältnisse ausdehnen will, z. B. auf die Verkaufsleistung, die darin besteht, daß der Verkäufer — um die Worte Lippmanns zu gebrauchen — „die Sache zu leisten" hat. Die Verkäuferleistung ist nicht einheitlich rechtlichen Charakters, sondern zusammengesetzt aus Übergabe plus Rechtverschaffung (§ 433 Abs. 1 BGB.). Unstreitig bringt nun der Verkäufer weder das Schuldverhältnis dadurch zum Erlöschen, daß er die Sache übergibt, das Recht aber nicht verschafft, oder umgekehrt. Und obwohl diese Einzelleistungen für sich gesondert sicherlich im Sinne Lippmanns das Schuldverhältnis nicht zur Erledigung bringen, sind sie jede für sich klagbare Verpflichtungen, an deren Erzwingbarkeit kein Zweifel besteht.

[1]) DJZ. 1904 S. 891.

[2]) Hohenstein bei Gruchot Bd. 48 S. 711 ff.

Es ist weiter nicht erforderlich, daß die Tätigkeit des Schuldners, um als Leistung gelten zu können, das Schuldverhältnis tatsächlich erledigt. Man denke bloß an die nachträglich nicht zu vertretende Unmöglichkeit des Schuldners. Und doch ist das Schuldverhältnis tatsächlich erledigt.

§ 5.

Es besteht, wie dargelegt, eine Abnahmepflicht, und es kann auf deren Erfüllung geklagt werden.

Nach Kohler ist die Klage auf Abnahme weiter nichts als eine Klage auf Feststellung dessen, daß der Schuldner seiner Schuldverpflichtung ledig sei, oder daß die Leistung eine vertragsmäßige sei. Dem Einwand, daß es einer besonderen Bestimmung gar nicht bedurft hätte, da schon § 256 ZPO. die Feststellungsklage allgemein zulasse, begegnet er damit, daß durch den § 433 der Nachweis des besonderen Interesses, von dem die Durchführung der Feststellungsklage abhänge, erübrigt sei. Zu dieser Auslegung gibt jedoch das Bürgerliche Gesetzbuch auch nicht den geringsten Anhalt, da es doch klar und ausdrücklich die Abnahmepflicht statuiert.

Daß die Pflicht zur Abnahme im § 433 Abs. 2 auch als eine selbständig klagbare beabsichtigt war, zeigen die Vorarbeiten zum Bürgerlichen Gesetzbuch[1]): „Es handle sich gerade um eine beim Kauf überaus wichtige Frage. Für den Kauf wird die Abnahmepflicht von den schweizerischen Gesetzen und dem preuß. allgem. Landrecht anerkannt; es erscheint zweckmäßig, diesen Gesetzgebungen zu folgen. Beim Kauf wird es der mutmaßlichen Absicht

[1]) Mot. Bd. 2 S. 317, 318; Prot. der Kommission f. d. 2. Lesung des Entw. eines BGB. Bd. 2 S. 52.

der Parteien entsprechen und dem Verkehrsbedürfnis, wenn das Gesetz die Abnahmepflicht als naturale negotii anerkenne. Dem Interesse des Verkäufers wird regelmäßig nur mit der Abnahmepflicht gedient sein".

Die Bestimmungen über den Annahmeverzug reichen nicht aus. Die Rechtsbehelfe der Hinterlegung und des Verkaufs sind in vielen Fällen aus rechtlichen und tatsächlichen Gründen nicht möglich, z. B. dann nicht, wenn eine nicht hinterlegungsfähige Sache nicht verkauft werden kann, weil sie keinen allgemeinen Verkehrswert hat (Drucksachen für eine bestimmte Gelegenheit, Porzellanservice mit dem Namenszug des Käufers), immer aber werden sie mit Kosten für den Verkäufer verknüpft sein.

Die selbständige Klagbarkeit der Abnahmepflicht leugnet endlich Romeick,[1]) indem er ausführt: „Wenn der Verkäufer auf Abnahme klagt, dann beabsichtigt er zweifellos nicht, daß der Käufer nur zur physischen Wegnahme der gekauften Sache verurteilt werde, sondern er bezweckt die richterliche Feststellung, daß sein Angebot vollständig in Ordnung gehe und deshalb der Käufer anzunehmen und abzunehmen hat".

Romeick scheint das Wesen der Abnahme falsch zu bewerten. Die Abnahme durch den Gläubiger bringt das Schuldverhältnis noch nicht zum Erlöschen. Sie legt jenem nur die Beweislast hinsichtlich der Unvollständigkeit und der Verschiedenheit zwischen dem vereinbarten und tatsächlich geleisteten Gegenstand auf, bewirkt also eine formale, keine materielle Rechtsänderung (§ 363 BGB.). Die Abnahme befreit den Verkäufer nicht von seiner Haftung für Unvollständigkeit und Verschiedenheit des Gegenstandes, wie Romeick annimmt.

---

[1]) Romeick a. a. O. S. 59.

Entgegen den oben dargelegten Ansichten kommen wir zu dem Resultat unserer Untersuchung, daß die Abnahmepflicht eine selbständig klagbare Verpflichtung des Käufers, also eine Leistung im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist. Der Käufer ist also Schuldner bezüglich der Abnahme. Zu demselben Resultat kommt Dernburg,[1]) wenn er ausführt: „Bei gegenseitigen Obligationen steht Recht gegen Recht, Pflicht gegen Pflicht. Daraus kann sich ergeben, daß der Teil, welcher Gläubiger einer Leistung ist, andererseits zu deren Abnahme verbunden ist. Wo eine Abnahmepflicht besteht, kann auf deren Erfüllung geklagt werden. Es kann daher der Gläubiger, welcher zu derselben verpflichtet ist und sie verabsäumt, in den Verzug des Schuldners kommen. Nicht selten bildet dieselbe Handlung zugleich Gläubiger- und Schuldnerverzug; fallen sie aber auch tatsächlich zusammen, so ist doch beides rechtlich zu unterscheiden. Es bleibt dem verletzten Teil überlassen, welchen Gesichtspunkt er vorkehrt, um die entsprechenden rechtlichen Folgen daraus zu ziehen". Ist also die Abnahme eine Pflicht des Käufers und das Recht des Verkäufers auf die Leistung von der Rechtsordnung anerkannt,[2]) so ergibt sich eo ipso die klageweise Verfolgbarkeit dieses Rechts. Denn nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch sind grundsätzlich alle Schuldverhältnisse klagbar.

Die Klage ist zu richten auf Vornahme der zur Abnahme erforderlichen Handlungen. Zur Begründung des Anspruchs sind außer dem Abschluß des Kaufes die Voraussetzungen des Annahmeverzugs darzulegen, regelmäßig also das vertragsmäßig erfolgte tatsächliche Angebot. Im Klageantrag und im Urteil sind die von

[1]) Dernburg a. a. O. Bd. 2 § 73 I; vgl. auch Staub a. a. O. S. 1465.

[2]) Crome a. a. O. Bd. 2 S. 424.

dem Käufer vorzunehmenden Abnahmehandlungen bestimmt zu bezeichnen.[1]) Durch die Verurteilung erhält der Verkäufer das Recht, die Sache durch einen Dritten aus dem Bereich seiner physischen Einwirkungsmöglichkeit bringen zu lassen und sie dem Käufer zur Verfügung zu stellen. Der Dritte ist dann berechtigt, den Verkäufer zu entlasten und die Sache dem Käufer zu bringen, sie in dessen Hof oder Laden niederzulegen. Leistet der Käufer dem Überbringer Widerstand, so kann der Widerstand, wenn der Überbringer der Gerichtsvollzieher ist, gemäß § 892 ZPO., also unter Mithilfe der Polizei bezw. Militärgewalt, gebrochen werden. Soweit die Abholung der Sache durch einen Dritten vorzunehmen ist, erfolgt die Vollstreckung gemäß § 887 ZPO.[2]) Der Verkäufer ist durch die Vornahme der Handlungen durch den Dritten von seiner Aufbewahrungspflicht befreit. Mit dem Niederlegen der Sache in die physische Einwirkungssphäre des Käufers ist dieser so anzusehen, als habe er den Besitz vom Verkäufer erlangt, und der Verkäufer so, als wenn er persönlich übergeben hätte. Mit der Übergabe geht die Gefahr auf den Käufer über und erlischt auch die bis zur Erfüllung der Übergabe bestehende Aufbewahrungspflicht. Damit erscheint der in der Literatur ausgesprochene Satz, die gerichtliche Verurteilung des Käufers zur Abnahme als Schuldnerverpflichtung sei ein nutzloser Umweg, weil die Wirkungen des Annahmeverzuges genau so weit reichen wie die durch die Verurteilung zur Abnahme erworbenen Rechte, als unrichtig.[3])

---

[1]) Planck a. a. O. zu § 433.

[2]) OLGRechtspr. Bd. 14 S. 187; Staub a. a. O. Exk. vor § 373 Anm. 55; Gruchot Bd. 45 S. 717 Note 10.

[3]) Romeick a. a. O. S. 61; vgl. die ausführlichen Darlegungen bei Rosenberg a. a. O. S. 265; dagegen Jakobi in Iherings Jahrb. Bd. 45 S. 275.

Weiter ist zu erwähnen, daß der Abnahme als Leistung auch der vielfach geforderte Vermögenswert nicht fehlt. Ist es überhaupt erforderlich, daß die Leistung für den Gläubiger einen Vermögenswert darstellt? Die Pandektenlehre wollte die berechtigten Interessen des Gläubigers an der Leistung auf Vermögens- = Geldinteressen beschränken.[1]) Die Konsequenzen sind unerträglich. Darnach war die von einem Verleger einem unhonorierten Schriftsteller gegenüber übernommene Verpflichtung hinsichtlich unverkürzter Herausgabe des Werkes nicht klagbar.[2]) Das geltende Recht hat die Frage nicht entschieden. Auf die verschiedenen Ansichten einzugehen ist hier kein Platz,[3]) zudem dürfte die praktische Bedeutung der Streitfrage nicht hervorragend sein. Nach der im Rechte der Schuldverhältnisse anerkannten vollen Vertragsfreiheit — die Vertragschließenden können nach ihrem Belieben jedes Tun und Unterlassen zum Gegenstand des Schuldverhältnisses machen, soweit nicht das Gesetz durch zwingende Vorschriften die Parteiwillkür ausgeschlossen hat[4]) — ist es zweifellos, daß nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch auch Schuldverhältnisse über Leistungen ohne Vermögenswert begründet werden können. Die Heranziehung der Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch stellt dies klar.[5])

Dieselbe Ansicht vertritt Cosack[6]) in der 4. Auflage seines Lehrbuches; doch hat er seine Ansicht in der

---

[1]) Arndt, Pand. § 202; Dernburg, Pand. Bd. 2 § 17.

[2]) Kuhlenbeck a. a. O. S. 15.

[3]) vgl. Oertmann a. a. O. zu § 241.

[4]) JurW. 1903 Beil. S. 42; Soergel, Rechtspr. 1903 S. 45; Endemann a. a. O. Bd. 2 § 101 S. 594 ff.

[5]) Mot. Bd. 2 S. 3.

[6]) Cosack a. a. O. 4. Aufl. § 80 III und 5. Aufl. § 80 I u. II.

5. Auflage dahin abgeändert, daß die Leistung wirtschaftlicher Natur sein muß, ihr aber ein wirtschaftliches Interesse des Gläubigers keineswegs zu entsprechen braucht. Ebenso Crome a. a. O. Bd. 2 S. 18. Ein schutzwürdiges Interesse an der Leistung genügt nach Siméon a. a. O. S. 236. Auch Hellwigs Meinung, es ermangle, wenn man nicht an dem „Dogma des Vermögensinteresses" festhalte, einer Abgrenzung zwischen juristisch bindenden und rein gesellschaftlichen Verpflichtungen, ist unseres Erachtens durch die Motive widerlegt.

Auf jeden Fall werden wir einen wirtschaftlichen Vorteil der Abnahme als Leistung darin suchen dürfen, daß der Verkäufer (= Gläubiger) von der verkauften Sache, die ihm lästig ist oder es werden kann, befreit wird.[1])

§ 6.

Eine Abnahmepflicht besteht auch beim Kauf gegen Dispositionspapier (Lagerschein, Ladeschein, Konnossement, §§ 424, 450, 647 HGB.).[2]) Wenn Staub[3]) hierzu bemerkt, daß beim Kauf gegen Dispositionspapier der Käufer die Pflicht habe, das Papier abzunehmen, um den Verkäufer von dem Besitz der Ware und die Sorge um sie zu befreien, so dürfte damit zuviel gesagt sein. Allerdings soll durch die Übergabe der Dispositionspapiere der Besitz verschafft werden, allein „die Pflicht zur Abnahme der Ware selbst bleibt noch wie vor bestehen, als wenn es nicht zur Übergabe von Dispositionspapieren käme".

---

[1]) Hellwig, über die Grenzen der Vertragsmöglichkeit, im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 86 S. 233 ff.

[2]) Ebenso Müller, Diss. S. 81.

[3]) Staub a. a. O. S. 1457.

Eine besondere Art Abnahmepflicht ist schließlich der Spezifikationskauf.[1]) Darüber trifft § 375 HGB. besondere Bestimmungen. Das Gesetz verlangt die Abnahme der spezifizierten Ware vom Käufer. Verzögert er die Vornahme der Spezifikation, so gerät er in Abnahmeverzug. Dieser besonders qualifizierte Abnahmeverzug gibt dem Verkäufer die Rechte des § 326 BGB. Dies schreibt § 375 Abs. 2 HGB. direkt vor. Dies hat auch seinen guten Grund, denn wenn der Käufer sich weigert, die Spezifikation vorzunehmen, wird es in vielen Fällen zweifelhaft sein, ob er die fertige Ware annimmt, und diese kann dem Verkäufer dann liegen bleiben.

Wie die Praxis auf Grund der Abnahmepflicht die Spezifikationspflicht zugelassen hat, so kann man unbedenklich derselben noch weitere Ausdehnung geben und aus der Abnahmepflicht des Bürgerlichen Gesetzbuchs eine Pflicht auf Vornahme weiterer Mitwirkungshandlungen herleiten, allerdings mit der Beschränkung auf solche Handlungen, die unmittelbar die Erfüllung herbeiführen sollen. Rosenberg führt als Beispiel an, daß der Käufer einer Ladung Teer, wenn er die Lieferung der Fässer übernommen hat, auf Lieferung dieser Fässer auf Grund der Pflicht, den Teer abzunehmen, verklagt werden kann.[2]) Denn sonst könnte sich ja der Käufer durch Unterlassung derartiger Mitwirkungshandlungen auf einfache Weise seiner Abnahmepflicht entziehen.

---

[1]) Dagegen Ritter a. a. O. S. 375, der dem Käufer nur ein Recht zur Spezifikation geben will (Wahlrecht).

[2]) Rosenberg a. a. O. S. 265.

§ 7.

Es erübrigt noch festzustellen, welche die der Abnahme des Käufers korrespondierende Handlung des Verkäufers ist. Nicht zutreffend ist die Ansicht, Übergabe und Annahme, Ablieferung und Abnahme seien korrespondierende Begriffe.[1] „Während das Bürgerliche Gesetzbuch unter Übergabe einer Sache die Übergabe zu juristischem Besitz versteht, bedarf es zur Annahme des Erwerbs des Besitzes einerseits nicht, da der Käufer die Kaufsache als Erfüllung annehmen und über sie verfügen kann, ohne sie in Besitz zu nehmen; andererseits ist der Erwerb des Besitzes zur Annahme nicht ausreichend, da die Übergabe zu Besitz noch nicht notwendig die Annahme als Erfüllung enthält."[2]

Ebensowenig sind Ablieferung und Abnahme korrespondierende Begriffe. Vielmehr ist die Ablieferung eine streng einseitige Handlung des Verkäufers, durch die er den Gewahrsam an der Kaufsache aufgibt und den Käufer in die tatsächliche Möglichkeit versetzt, sich seinerseits den Gewahrsam durch einen streng einseitigen Akt zu verschaffen, so daß er sie in geschäftsordnungsmäßiger Weise auf ihre Vertragsmäßigkeit untersuchen und über sie verfügen kann.[3] Ein Beispiel dürfte das beweisen: „Denn wenn eine Dienstmagd des Käufers die Ware abholt, so hat der Käufer seiner Abnahmepflicht bereits genügt. „Abgeliefert" dagegen ist die Ware erst, wenn die Dienstmagd sie dem Käufer ausgehändigt hat.[5] Hiergegen

---

[1]) Cosack a. a. O. S. 538; Lehmann in DJZ. 1902 S. 490ff.

[2]) Rosenberg a. a. O. S. 258.

[3]) Vers. A. Oertmann a. a. O. S. 733.

[4]) Ähnlich Düringer-Hachenburg a. a. O. S. 270; JurW. 1904 S. 46; RG. Bd. 5 S. 31; Lehmann, Lehrb. d. HR. S. 712; and. M. Ritter a. a. O. S. 584.

[5]) Rosenberg a. a. O. S. 258.

wird angeführt, daß wenn sich der Käufer eines Gehilfen bedient, um die Sache beim Verkäufer abholen zu lassen, Übergabe und Ablieferung zusammenfallen; hier wirke die Übergabe an den Gehilfen gerade so, als ob an den Käufer selbst übergeben wird; abgeliefert habe also hier der Verkäufer mit der Übergabe. Mit der Übergabe an die Dienstmagd sei die Ware in die Verfügungsgewalt des Käufers gelangt, also abgeliefert.[1]) Das ist unrichtig. Richtig ist, daß Übergabe und Ablieferung zeitlich zusammenfallen, wenn sich der Verkäufer eines Gehilfen (§ 278 BGB.) zur Überbringung bedient, da in diesem Falle der Verkäufer und sein Gehilfe als eine Person zu betrachten sind. Anders ist der Fall gelagert, wenn sich der Verkäufer zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit aus dem Kaufvertrag, zur Ablieferung der Sache eines Dritten bedient. Käufer und Gehilfe, Verkäufer und Gehilfe sind wohl eine und dieselbe Person, wenn es sich um Erfüllung ihrer jeweiligen Verbindlichkeit aus dem Kaufvertrage handelt. Um Erfüllung handelt es sich zweifellos und unbestritten nur auf einer Seite. Bedient sich der Käufer eines Gehilfen zur Erfüllung *seiner* Verbindlichkeit aus dem Kaufvertrag, so ist es ein bedeutender juristischer Gedankenfehler, zu behaupten, daß sich desselben Gehilfen der Verkäufer zur Erfüllung *seiner* Verbindlichkeit, nämlich der Ablieferung, bedienen könnte.

Schließlich ist noch der Ansicht entgegenzutreten, die Abnahme und Übergabe als korrespondierende Begriffe gegenüberstellt.[2]) Wir beharren auf dem Standpunkt,

---

[1]) **Belling**, Diss. S. 22.

[2]) **Planck** a. a. O. zu § 433; **Müller**, Diss. S. 48, dessen Ausführungen nicht beigestimmt werden kann; denn der klare Wortlaut **Cosacks** Bd. 1 S. 538 läßt absolut keine andere Deutung zu; übrigens erscheint nach § 929 BGB. die „Übergabe" nicht als die mit der „Ab-

daß Übergabe sich als der zweiseitige Rechtsakt der Besitzübertragung (auf seiten des Verkäufers Besitzübertragungs-, auf seiten des Käufers Besitzerwerbswille) charakterisiert.[1]) Da aber die Abnahme den rein tatsächlichen Akt der Wegnahme bedeutet, so kann die Übergabe als juristischer Akt nicht der Abnahme als faktischem Akt entsprechen.

§ 8.

Bevor wir uns mit den Folgen der Verletzung der Abnahmepflicht befassen, ist es notwendig, den Erfüllungsort der Leistung festzustellen; denn es entscheidet sich nach dem Erfüllungsort des Käufers, inwiefern sich seine Leistungspflicht durch seinen Verzug erweitert oder ändert (Schadensersatz, Zinspflicht usf.); dagegen beantwortet sich die Frage, inwiefern die Erfüllungspflicht des Verkäufers durch den Verzug des Käufers erlischt oder eingeschränkt wird, nach dem Recht des Erfüllungsortes des Verkäufers.[2])

Gesetzliche Regel ist gemäß § 269 BGB., daß jeder Teil dort zu leisten hat, wo er zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses seinen Wohnsitz oder seine gewerbliche Niederlassung hat. Und zwar bezieht sich diese Bestimmung auf alle Arten von Schuldverhältnissen, also auch auf Handelsgeschäfte. Einfach ist die Sache bei Geschäften am Platze. Erfüllungsort bei Geschäften am Platze ist zweifellos die Wohnung oder die gewerbliche Niederlassung des Schuldners.

---

nahme" korrespondierende Tätigkeit des Verkäufers, sondern als die Summe beider Tätigkeiten.

[1]) vgl. Hohenstein a. a. O. S. 72.

[2]) RGE. Bd. 51 S. 218, JurW. 1903 S. 184, 72.

Bei zweiseitigen Verträgen ist der Mißstand zutage getreten, daß es nicht abzusehen ist, wie der zweiseitige Vertrag eigentlich zum Vollzug gelangen soll. Der Verkäufer genügt seiner Übergabepflicht an seinem Wohnort durch Ausfolgung der Sache an den Transportunternehmer,[1]) der Käufer hat zu leisten an seinem Wohnsitz oder in seiner gewerblichen Niederlassung. Um eine Lösung zu finden, dürfte der Weg der zweckmäßigste sein, daß von den Parteien derjenige Teil, dem an der Ausführung am meisten liegt, den Anfang macht, indem er seine Leistung der andern Partei zuführt und sie so zur Bewirkung der Gegenleistung Zug um Zug gegen die eigene Leistung veranlaßt.[2])

Im Handelsrecht besteht nun der Handelsgebrauch, daß der Verkäufer die Verpflichtung hat, die Ware an den Wohnsitz des Käufers oder an den sonstigen Bestimmungsort zu senden, um dem Käufer dort Gelegenheit zu geben, eine Prüfung der Ware vornehmen zu können und dieselbe abzunehmen. Dabei genügt es, wenn der Verkäufer die Ware an den Ort der Handelsniederlassung sendet und dem Käufer dort auf der Bahn oder beim Spediteur die erwähnte Gelegenheit bietet. Durch diese Verkehrssitte wird zwar keineswegs der Erfüllungsort für den Verkäufer bestimmt. Der Leistungsort bleibt nach wie vor derselbe. Trotz Übernahme der Versendungskosten der Ware durch den Schuldner behält es gemäß § 269 Abs. 3 BGB. beim gewöhnlichen Leistungsort an sich sein Bewenden. Dies entspricht vollkommen dem Art. 345 des bisherigen Handelsgesetzbuchs. Wohl aber wird hierdurch der Erfüllungsort für die Abnahme-

---

[1]) § 447 BGB.
[2]) Staub S. 1416.

pflicht des Käufers bestimmt, denn wo die Ablieferung zu erfolgen hat, hat auch die Abnahme zu erfolgen.[1]) Wird durch den Abnahmeverzug der Erfüllungsort geändert? Die herrschende Lehre verneint dies durchaus. So sagt Staub[2]): „Selbst wenn wie beim Orderpapier der Gläubiger zur Erfüllung des Geschäfts mitzuwirken hat, ändert sich am Erfüllungsort nichts. Denn der Erfüllungsort ist eine besondere Eigenheit des Schuldverhältnisses. Nach ihm richtet sich das anzuwendende Recht, der Münzfuß, das Maß, das Gewicht, die für das Maß und die Art der Verpflichtung maßgebenden Gebräuche. Diese Eigenheit gehört zum Wesen der Obligation, die sich durch den Verzug nicht ändert. Aus dem Verzug folgt nichts weiter, als daß der Schuldner dem Gläubiger alles Interesse zu ersetzen hat. Der Erfüllungsort bleibt immer der nämliche".

§ 9.

Da die Abnahme eine Leistung, also die Abnahmepflicht eine Schuldnerpflicht ist, so ist der Verzug mit der Abnahme Leistungsschuldnerverzug. Zum Verzug mit der Abnahme als der körperlichen Wegnahme der Kaufsache ist an sich erforderlich, daß die Kaufsache zur körperlichen Wegnahme bereitstehe, sei es unmittelbar in den Händen des Verkäufers, sei es mittelbar in den Händen eines Dritten, der sie zur Verfügung des Käufers bereithält.

Die Voraussetzungen des Abnahmeverzuges sind die

---

[1]) Dagegen Müller, Diss. S. 96; ebenso Oberloskamp, Diss. S. 49, die entsprechend ihrer Auffassung, übergabe sei notwendige Voraussetzung der Abnahme, zu anderen Resultaten kommen.

[2]) Staub a. a. O. S. 1413; RG. Bd. 49 S. 62; insbes. Staub Exk. zu § 373 Anm. 27.

eines jeden Schuldnerverzugs. Sie sollen hier im einzelnen besprochen werden. Dabei ist es unseres Erachtens notwendig, die Besprechung auch der Voraussetzungen des Annahmeverzugs damit zu verbinden, um die Frage des Zusammenfallens des Abnahmeverzugs mit dem Annahmeverzug zu lösen. Als Resultat können wir vorwegnehmen, daß sich aus unserer Betrachtung ergeben wird, daß Abnahmeverzug ohne Annahmeverzug und Annahmeverzug ohne Abnahmeverzug möglich ist.

Die Voraussetzungen des Abnahmeverzuges sind:

1. Fälligkeit der Abnahmepflicht des Käufers. Die Leistung des Schuldners muß nicht nur am richtigen Ort, sie muß auch zur richtigen Zeit erfolgen. Der Zeitpunkt, in welchem der Gläubiger die Leistung fordern kann, ist der, in welchem der Verkäufer zur Übergabe bereit sein muß und es auch tatsächlich ist. Die Zeit der Fälligkeit muß sich aus dem Schuldverhältnis ergeben. Sie richtet sich wie bei jeder Leistung zunächst nach der von den Parteien getroffenen Bestimmung, in Ermanglung derselben nach den Umständen. Ist also für die Abnahme keine Zeit vereinbart oder ist der Verkäufer berechtigt, vor der Zeit zu übergeben oder abzuliefern, so bedarf es zum Fälligwerden der Abnahmepflicht eines Angebots oder einer Ankündigung. Solange der Gläubiger nicht fordern kann, ist überhaupt von keiner Verzögerung der Leistung die Rede. Solange der Schuldner die Leistung zu verweigern berechtigt ist, ist von einer Fälligkeit der Leistung nicht zu reden.[1]) Dies gilt bei jeder nichtigen oder anfechtbaren Forderung. In der Erfüllung einer Spielschuld gibt es keinen Verzug.[2])

[1]) OLGRechtspr. Bd. 5 S. 28.

[2]) Düringer-Hachenburg Bd. 3 S. 50 ff.

2. Die Verzögerung der Leistung des Schuldners muß auf einem Umstand beruhen, den der Schuldner nach den allgemeinen Regeln zu vertreten hat. Die herrschende Lehre des gemeinen Rechts ließ den Eintritt des Verzugs von dem Verschulden des Schuldners abhängig sein. Das Bürgerliche Gesetzbuch setzte an Stelle des Verschuldens allgemein einen vom Schuldner zu vertretenden Umstand. Dieser ist nicht notwendigerweise ein verschuldeter. Daher ist die in der Literatur noch mehrfach vertretene Auffassung, es setze der Verzug des Schuldners ein Verschulden desselben voraus, irrig. Die Beweislast ist so geregelt, daß der Schuldner das Nichtvorhandensein des Umstandes dartun muß, nicht der Gläubiger das Vorhandensein desselben. Zeitweiliges unvertretbares Unvermögen zur Leistung befreit den Schuldner von der zeitweiligen Leistungspflicht, ebenso wie dauernde Unmöglichkeit bezw. dauerndes Unvermögen ihn nach § 275 BGB. definitiv befreit.

Der Verzug setzt

3. Gewißheit voraus, daß der Gläubiger die Leistung gerade jetzt erwartet. Diese Gewißheit liegt mit dem bloßen Herankommen des Fälligkeitstermins (s. oben zu 1) noch keineswegs vor. Es bedarf vielmehr einer Feststellung, daß der Gläubiger durch die Verzögerung der Leistung Schaden erleidet, den er selbstverständlich nicht zu tragen gewillt ist. Diese Feststellung erfolgt regelmäßig durch die vom Gläubiger ausgehende Mahnung (interpellatio). Die Mahnung war schon im römischen und deutschen Recht[1]) Erfordernis zum Inverzugsetzen des Schuldners. Nach geltendem Recht bedeutet sie eine einseitige empfangsbedürftige Willens-

[1]) Brunner in Zeitschr. f. HR. Bd. 22 S. 74.

erklärung, deren Form sehr mannigfaltig sein kann. Rechtlich zu charakterisieren ist sie als eine Ausübungshandlung eines bereits vorhandenen Rechts, die Äußerung des Willens, daß der Schuldner leisten solle.[1]) Mit der Fälligkeit hat sie nichts zu tun, steht vielmehr als selbständige Verzugsvoraussetzung neben ihr. Allerdings ist eine Mahnung vor Eintritt der Fälligkeit unwirksam, denn der klare Wortlaut des § 284 Abs. 1 Satz 1 BGB. spricht von der Mahnung, die nach dem Eintritt der Fälligkeit erfolgt.[2]) Dagegen kann gleichzeitig mit dem Rechtsakt, durch den die Fälligkeit herbeigeführt wird, die Mahnung verbunden werden.[3])

Die Mahnung ist nicht an eine bestimmte Form gebunden. Es ist im einzelnen Fall zu prüfen, ob die Erklärung des Gläubigers eine Aufforderung enthält. Auf den Wortlaut kommt es dabei nicht an. So liegt eine Mahnung in der Übersendung einer quittierten Rechnung, dagegen nicht in der Übersendung einer gewöhnlichen Rechnung, da letztere nur die Anzeige des Bestehens der Forderung darstellt. Zweifelhaft ist die Sache schon bei der wiederholten Zusendung einer gewöhnlichen Rechnung; hier dürfte es auf die Umstände des einzelnen Falles anzukommen haben. Erfolgt die Mahnung mittels eingeschriebenen Briefes, so hat dieses Verfahren den Vorzug, daß sich der Gläubiger zugleich den Beweis sichert. Denn die Voraussetzungen des Verzugs hat er zur Begründung seiner Ersatzforderung usw. darzulegen. Sie gehören ohne Zweifel zum Klagegrund.

Grundsätzlich genügt es, daß der Wille des Gläubigers, der Schuldner solle leisten, in einer diesem erkennbaren

---

[1]) Staub a. a. O. S. 1490.

[2]) Dernburg a. a. O. Bd. 2 § 41 II, 2a.

[3]) RGE. Bd. 50 S. 261.

Weise zutage tritt. Darüber entscheidet die Verkehrsauffassung, wobei es den Parteien unbenommen bleibt, eine bestimmte Form der Mahnung vorzuschreiben.

Übrigens bedarf es zum Verzug der Leistung nicht immer einer Mahnung. Ist die Leistungszeit kalendermäßig bestimmt, so hätte die Feststellung, daß die Leistung vom Gläubiger gerade jetzt erwartet werde, keinen Sinn. Daher der berühmte Satz der gemeinrechtlichen Lehre: „Dies interpellat pro homine". Ob diese Bestimmung durch behördliche Anerkennung, Urteil oder Gesetz erfolgt ist, macht keinen Unterschied. Nach dem Kalender aber ist die Leistung nicht nur bestimmt bei Festsetzung eines genauen Datums hierfür, es genügt, wenn nur die Leistungszeit nach dem Kalender im einzelnen Fall mindestens derart sich ergibt, daß für den Schuldner klar vorliegt, wann spätestens geleistet werden muß.

Dem erwähnten Falle gleichgestellt ist der Fall, daß der Abnahme eine Kündigung vorauszugehen hat und die Zeit der Abnahme in der Weise bestimmt ist, daß sie sich von der Kündigungszeit ab nach dem Kalender berechnen läßt. Z. B. es ist bestimmt, daß drei Monate nach Kündigung zu leisten ist. Gegenteilige Parteifestsetzung ist möglich.[1])

Es gibt aber noch einen Fall, in dem es einer Mahnung zur Herbeiführung des Schuldnerverzuges nicht bedarf; das ist nämlich der Fall, daß der Schuldner schon vor der Mahnung die ernstliche Erklärung abgegeben hat, er werde die demnächstige Leistung verweigern. Schon die bisherige Rechtsprechung nahm dies an. Wer sich weigert, soweit er vertragsmäßig schuldig ist, zu erfüllen, kann nicht verlangen, daß ihn der Gläubiger nochmals

[1]) Schollmeyer a. a. O. zu § 284 Anm. 4.

auffordert. Die unberechtigte Weigerung der Erfüllung muß mindestens dieselben Rechtsfolgen haben für den andern Teil wie die bloße Verzögerung.[1])

Nach dem im kaufmännischen Verkehr herrschenden Gebrauch kann einer Erklärung, der Schuldner halte sich an den Vertrag nicht gebunden und werde nicht liefern, nur die Bedeutung beigelegt werden, daß sie die Inverzugsetzung unnötig macht. Derjenige Kontrahent, von dem die Erklärung abgegeben wird, unterwirft sich unter Verzicht auf jede weitere Mahnung von seiten des anderen Teils den gesetzlichen Folgen, die er zu tragen hat, wenn er gleichwohl zur Erfüllung verpflichtet sein sollte.

Es ist auch ohne Ausspruch im Gesetz für das Bürgerliche Gesetzbuch dasselbe anzunehmen.[2]) Eine Weigerung des Schuldners, die schon vor der Fälligkeit erklärt wird, ist nicht nach dem Vorbild der Mahnung selbst (§ 284 Abs. 1 Satz 1) für unwirksam zu erklären. Keine Erfüllungsverweigerung z. B. enthält die Erklärung, augenblicklich keine Zahlungsmittel zu besitzen,[3]) oder die bloße Ablehnung der Erfüllung, insbesondere wenn sie wegen Meinungsverschiedenheiten bezüglich des Vertragsinhaltes erfolgt.[4]) Auf jeden Fall dürfte unseres Erachtens die Annahme gerechtfertigt sein, daß im gegebenen Falle die Erfüllungsverweigerung des Schuldners den Gläubiger an der Mahnung nicht verhindern kann; denn es kann dem Gläubiger nicht zugemutet werden, die Gefahr der Richtigkeit seiner Entschließungen auf sich zu nehmen.[5])

---

[1]) ROHG. Bd. 7 S. 338.

[2]) JurW. 1902 Bd. 28 S. 23; RG. Bd. 57 S. 113; and. M. Planck § 284 Anm. 41; ferner Düringer-Hachenburg Bd. 2 S. 207, 213.

[3]) RGE. Bd. 66 S. 431.

[4]) RGE. Bd. 66 S. 421.

[5]) Derselben Ansicht ist Staudinger a. a. O. S. 176.

Haben wir uns im vorhergehenden mit den Voraussetzungen des Abnahmeverzugs befaßt, so ist nun auf die Voraussetzungen des Annahmeverzugs kurz einzugehen und deren Zusammenfallen mit denjenigen des Abnahmeverzugs klarzustellen.

Nach § 293 BGB. kommt der Gläubiger in Annahmeverzug, wenn er die ihm angebotene Leistung nicht annimmt. Die Voraussetzungen des Annahmeverzugs sind gehöriges Angebot und Nichtannahme. Erforderlich ist also tatsächliches Angebot (Realoblation), d. h. der Schuldner muß sich bei Bringschulden mit dem Leistungsgegenstand beim Gläubiger einfinden, er muß bei Schickschulden das ihm für die Versendung Obliegende getan haben; bei Holschulden ist neben dem wörtlichen Angebot noch die tatsächliche Leistungsbereitschaft nötig. Nun steht nach § 295 Satz 2 dem tatsächlichen Angebot der Leistung die Aufforderung des Gläubigers, die zur Bewirkung der Leistung erforderliche Handlung vorzunehmen, gleich; darin ist aber auch eine Voraussetzung des Abnahmeverzugs zu erblicken, nämlich die Mahnung. Ist ferner der Zeitpunkt, an dem der Käufer die Ware abzuholen hat, nach dem Kalender bestimmt oder läßt sie sich von vorausgegangener Kündigung an nach dem Kalender berechnen, so kommt der Käufer, wenn er die Abholung unterläßt, in Annahmeverzug (§ 296 BGB.). Gleichzeitig liegt auch, wie oben bereits erörtert, Abnahmeverzug vor. In allen Fällen aber, in denen ein Verbalangebot des Verkäufers genügt, ist erforderlich, daß sich dieser in Leistungsbereitschaft zur Zeit des Angebots befindet. § 297 BGB. sagt: Der Gläubiger kommt nicht in Verzug, wenn der Schuldner zur Zeit des Angebots — das gleiche gilt, wenn es eines vorhergehenden Angebots nicht bedarf — oder im Falle des § 296 zu der

für die Handlung des Gläubigers bestimmten Zeit außerstande ist, die Leistung zu bewirken. Der Käufer kommt aber auch nicht in Abnahmeverzug, wenn der Verkäufer nicht zur Leistung bereit ist und imstande ist, dieselbe zu bewirken, solange also die Abnahme infolge eines Umstandes unterbleibt, den er nicht zu vertreten hat.[1]) Ferner ist bemerkenswert der Fall des § 299 BGB. Hat der Schuldner dem Gläubiger hier eine angemessene Zeit vor Angebot die Leistung angekündigt, so ist damit die Fälligkeit der Leistung angekündigt, und das der Ankündigung folgende Angebot stellt erst die Mahnung dar.[2])

Aus dem Gesagten ergibt sich, daß Abnahmeverzug ohne gleichzeitigen Annahmeverzug möglich ist. Der Annahmeverzug geht mit dem Leistungsverzug des Schuldners parallel,[3]) ist aber inhaltlich wesentlich verschieden. Beide gehen vor allem insofern auseinander, als der Abnahmeverzug eine schuldhafte Unterlassung der Abnahme fordert. Unrichtig ist es, wenn Staub[4]) behauptet, daß Abnahmeverzug schuldhafter Annahmeverzug sei, und damit offenbar meint, Annahmeverzug und Abnahmeverzug unterschieden sich lediglich dadurch, daß der Abnahmeverzug nicht begründet werde, wenn den Käufer kein Verschulden treffe, während das Verschulden auf den Annahmeverzug keinen Einfluß ausübe. Dabei übersieht jedoch Staub, daß der Abnahmeverzug und Annahmeverzug inhaltlich von großer Verschiedenheit sind und

---

[1]) RG. Bd. 56 S. 173 ff.

[2]) Zweifelhaft Müller, Diss. S. 112.

[3]) Oertmann Vorbem. zu § 289.

[4]) Staub a. a. O. § 375 Anm. 2, ferner S. 1465 Anm. 1 zu § 373.

schon durch total verschiedene Momente begründet werden. Denn während der Gläubigerverzug die Nichtannahme der angebotenen Leistung voraussetzt, fordert der Abnahmeverzug dagegen das schuldhafte Unterlassen der Abnahme.

Rosenberg[1]) begründet seine im Ergebnis mit der unsrigen übereinstimmende Meinung folgendermaßen: „Der Käufer kann in Annahmeverzug geraten, ohne in Abnahmeverzug zu geraten, wenn z. B. der Käufer die ihm übersandte Ware tatsächlich entgegennimmt, also abnimmt, sie aber nicht als Erfüllung anerkannt hat". Es ergibt sich dies aus der Erwägung, daß eben ein begrifflicher Unterschied zwischen Annahme- und Abnahmeverzug ist.[2])

„Der Käufer kann aber andererseits", so fährt Rosenberg (a. a. O. S. 260) fort, „auch in Abnahmeverzug geraten, ohne daß er in Annahmeverzug gerät." Als Beispiel führt er an: „Wenn nämlich der Käufer erklärt, er billige die Ware als vertragsmäßige und erkenne an, daß der Verkäufer befreit, das Schuldverhältnis beendet sei, indem er vielleicht gleichzeitig auf die Ware verzichtet, sich aber weigert, die Ware abzunehmen, so ist der Zweck des Angebots als Voraussetzung des Annahmeverzuges, nämlich das Schuldverhältnis zum Erlöschen zu bringen, erreicht. Der Verkäufer kann daher in diesem Falle nur seine Rechte aus dem Abnahmeverzug, nicht aber aus dem Annahmeverzug geltend machen". Wir schließen uns Rosenbergs Ansicht voll und ganz an und

---

[1]) Rosenberg a. a. O. S. 259.

[2]) And. M. Düringer-Hachenburg Bd. 2 S. 215: „Der Annahmeverzug zugleich Erfüllungsverzug". Belling, Diss. S. 38.

glauben, daß die von Lehmann[1]) und Hohenstein[2]) dagegen vorgebrachten Bedenken nicht standhalten. Wir können in dem Verzicht auf die Lieferung der Ware nicht einen Erlaß der Pflichten des Verkäufers finden, für den die Vorschrift des § 397 BGB. Platz greifen würde,[3]) wir können uns noch weniger mit den Ausführungen[4]) befreunden, wonach „die Leistung des Verkäufers" aus der zu leistenden Sache, der Ware, und der Handlung besteht, durch welche die Sache dem Käufer übertragen wird, also die Verschaffung des Besitzes und des Eigentums; weigert sich der Käufer, sich den Besitz übertragen zu lassen, so hindert er den Verkäufer an der vollständigen Erfüllung; die Ursache der Nichterfüllung liegt also am Käufer, und damit sind die Voraussetzungen des Annahmeverzuges gegeben. Vielmehr erscheint uns der einfache juristische Gedanke in Rosenbergs Beispiel der zu sein: Der Verkäufer ist verpflichtet, dem Käufer das Eigentum an der Ware zu verschaffen. Es liegt in der Traditionsofferte des Verkäufers das Angebot der Leistung, das der Käufer angenommen hat durch Annahme der Traditionsofferte. Was sollte aber den Gläubiger, der, wie wir gesehen haben, sich keineswegs die Leistung aufdrängen zu lassen braucht, daran hindern, auf die Lieferung der Ware Verzicht zu leisten. Hat er also die Traditionsofferte des Verkäufers angenommen, die Abnahmepflicht, zu der er nach § 433 Abs. 2 BGB. verpflichtet ist, jedoch nicht erfüllt, so kommt er zweifellos in Abnahmeverzug.[5])

---

[1]) Lehmann a. a. O. S. 493.

[2]) Arch. f. bürgerl. R. Bd. 25 S. 79 ff.

[3]) Müller, Diss. S. 114; Brinckmann, Diss. S. 20.

[4]) Belling, Diss. S. 38.

[5]) Vers. A. mit teilweise anderer Begründung Oberloskamp, Diss. S. 55.

Die eben vertretene Auffassung von der Möglichkeit des Abnahmeverzuges ohne Annahmeverzug und umgekehrt ist von verschiedenen Schriftstellern bestritten worden. So behauptet z. B. Romeick,[1]) daß der Abnahmeverzug dem Verkäufer nicht mehr Rechte gewährt als der Annahmeverzug, daß daher der Abnahmeverzug Annahmeverzug und Annahmeverzug Abnahmeverzug ist. Allein schon aus dem Wortlaut des § 304 BGB. im Vergleich mit § 286 BGB. ergibt sich die Unhaltbarkeit dieser Behauptung. Eine kritische Beurteilung der Begründung der anderen bestehenden Ansichten erübrigt sich, nachdem wir glauben, durch unsere Erörterung jeden zu machenden Einwand widerlegt zu haben.

§ 10.

Wie gestaltet sich nun der Abnahmeverzug zum Annahmeverzug? Konkurrieren die Rechte aus dem Abnahme- und Annahmeverzug alternativ oder kumulativ miteinander, konfundieren sie, d. h. können sie überhaupt nicht nebeneinander bestehen?

Nach der Ansicht Lippmanns (zit. oben) ist der Gläubiger, wenn er mit der Abnahmepflicht in Verzug kommt und schadensersatzpflichtig wird, immer in demselben Umfange schadensersatzpflichtig, wie er es bei einem Verzug als Leistungsschuldner sein würde. Mit andern Worten, der Schuldnerverzug deckt sich mit dem Gläubigerverzug. Fällt also Annahme- mit Abnahmeverzug zusammen, dann sind Abnahme- und Annahmeverzug, d. h. diejenigen Handlungen, die man einmal als Schuldner zu bewirken verpflichtet ist und als Gläubiger zu fordern berechtigt ist, identisch, muß also das Schuldverhältnis

[1]) Romeick a. a. O. S. 56 ff.

durch Konfusion erlöschen, weil niemand Rechte gegen sich haben kann.[1])

Was die Konfusion betrifft, so ist dagegen zu bedenken, daß der Käufer im gegebenen Falle nicht sein eigener Gläubiger und sein eigener Schuldner ist, sondern seinem Annahmerecht der Verkäufer als Schuldner, seiner Abnahmepflicht der Verkäufer als Gläubiger gegenübersteht. Die Handlung, die der Käufer einerseits als Schuldner zu bewirken hat, stellt sich dar als eine Pflichtleistung des Schuldners, die er andererseits als Gläubiger zu fordern hat, ein Recht des Gläubigers, das sich gegen den Verkäufer richtet, den wiederum die diesem Recht entsprechende Pflicht zur Übergabe trifft. Von einer Konfusion könnte nur dann die Rede sein, wenn das Recht und die ihm entsprechende Pflicht in einer und derselben Person zusammenträfen.[2])

Wir schließen uns unter Ablehnung der juristischen Spitzfindigkeiten Hohensteins der herrschenden Ansicht an, die die alternative Konkurrenz[3]) des Annahme- und Abnahmeverzuges ausschließt und eine kumulative Konkurrenz annimmt, eine Konkurrenz dahin, daß der Verkäufer sowohl die Rechte aus dem Annahme- wie die Rechte aus dem Erfüllungsverzuge des Käufers geltend machen kann, soweit sie sich nicht sinngemäß ausschließen. Denn bald werden die Rechte aus dem Annahme-, bald die Rechte aus dem Erfüllungsverzug des Käufers für ihn günstiger sein.[4])

[1]) Hohenstein a. a. O. S. 71.

[2]) Worauf auch Oberloskamp S. 70 hinweist.

[3]) Crome a. a. O. S. 147.

[4]) So Müller a. a. O. S. 134; Cosack a. a. O. Bd. 1 S. 461; Oberloskamp a. a. O. S. 70; Dernburg a. a. O. Bd. 2 Abt. 2 S. 42.

Wir werden auf Grundlage unserer Betrachtungen das Verhältnis von Abnahmepflicht zum Annahmerecht dahin festlegen können, daß gerade der Teil der Mitwirkungshandlung, der ein Ausübungsrecht des Gläubigers darstellt, zur Pflicht desselben gestempelt worden ist, an der der Verkäufer in vielen Fällen ein notwendiges Interesse hat.

Die kumulative Konkurrenz wurde bestritten, insbesondere von Fleck,[1]) der ausführt: „Bei der Annahme einer kumulativen Konkurrenz werde die Lage des Käufers aufs höchste gefährdet, dieser sei schutzlos der Willkür seines Gegners preisgegeben; wenn dem Käufer z. B. die öffentliche Exekution angekündigt werde und er unter Aufwendung von Kosten Vorbereitungen treffe, um seine Interessen zu wahren, so könne sich der Käufer im letzten Moment anders besinnen und es vorziehen, die Ware unter der Hand zu veräußern". Steht eine solche schikanöse Handlungsweise dem Verkäufer nicht gerade so zu bei Annahme alternativer Konkurrenz? Im übrigen verstößt ein solches Verfahren gegen Treu und Glauben und findet aus diesem Gesichtspunkt seine Erledigung.

Ein zweiter Einwand Flecks ist folgender: „Wenn der Käufer im Abnahmeverzuge sei, so hafte der Verkäufer nach Moralgrundsätzen und nach § 254 bei der Aufbewahrung für jede Nachlässigkeit; bei dem Annahmeverzuge des Käufers habe er gemäß § 300 nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten. Wenn man aber gestatte, die Folgen beider Verzugsarten gleichzeitig geltend zu machen, könne der Nichtsäumige nicht nur Schadens-

---

[1]) Fleck im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 12 S. 252 f.; übrigens ähnliche Einwendungen wie Fleck bringt Romeick a. a. O. S. 67, die damit zugleich kritisch behandelt und wohl widerlegt sein dürften.

ersatz fordern, sondern auch außerdem seine Aufbewahrungspflicht auf ein Mindestmaß zurückführen". Allerdings befreit der Annahmegläubigerverzug den Verkäufer nicht von der Aufbewahrungspflicht der Kaufsache, es sei denn in einigen engbegrenzten Fällen durch Hinterlegung (§ 372 BGB.) und event. durch Selbsthilfeverkauf und Hinterlegung des Versteigerungserlöses (§§ 383, 373 BGB.), grundsätzlich also mindert er nur seine Haftung herab (§ 300 BGB.). Beim Abnahmeverzug dagegen als der Pflicht zum körperlichen Hinwegschaffen der gekauften Sache kann von Aufbewahrung sinngemäß nicht die Rede sein; wohl kann der Verkäufer Schadensersatz wegen Nichtabnahme verlangen mit der Einschränkung aus § 254 BGB. Der Verkäufer kann beim Abnahmeschuldnerverzug auf einfache Weise der Aufbewahrungspflicht ledig werden; denn die Abnahme ist ja eine vertretbare, nicht allein von dem Willen des Käufers abhängende Handlung, die geradeso von einem Dritten vorgenommen werden kann wie vom Käufer selbst.[1])

§ 11.

Treffen die Voraussetzungen des Schuldnerverzuges zu, so treten die in §§ 286 ff. BGB. geregelten Folgen ein. Die Vorschriften sind sowohl auf den Gesamtleistungsverzug wie auf den Verzug des Schuldners mit einem Teil der Leistung anzuwenden. Also auch für unseren Fall. Denn Abnahmeverzug ist Teilverzug, da die Gesamtleistung des Käufers auf Zahlung und Abnahme geht.[2]) Darnach finden also beim Abnahmeverzug die Vorschriften über den Leistungsverzug Anwendung.

[1]) Ähnliche Begründung Müller, Diss. S. 136.
[2]) § 433 Abs. 2 BGB.

Nun ergibt sich noch eine Schwierigkeit, die unseres Wissens bisher in der Literatur nicht näher geprüft worden ist. Liegt nicht gleichzeitig Zahlungsverzug vor, so ist Abnahmeverzug, wie gesagt, Teilverzug, und es kann gleichzeitig mehrfache Teilverzug vorliegen, wenn nämlich nicht die Abnahme hinsichtlich der ganzen abzunehmenden Sache, sondern hinsichtlich eines Teiles derselben verzögert wird. Es käme also der Abnahmeverzug in Betracht als Teilverzug

1. hinsichtlich der Gesamtleistung des Käufers, der Zahlung und der Abnahme,
2. hinsichtlich der abzunehmenden Sache, also als Quotenverzug.

Die Frage wird besonders praktisch bei der Fristsetzung im Fristbestimmungsverfahren beim Verzug des Käufers nach den Vorschriften des § 326 BGB. Es könnte hier gefragt werden: Muß für jede unvollständige Leistung als solche, d. h. die Abnahmeleistung als Teilleistung der „dem Käufer obliegenden Gesamtleistung" und die Abnahmeleistung als Teilleistung eines bestimmten Quantums, eine besondere Frist gesetzt werden oder trifft die einmalige Fristsetzung den doppelten Leistungsverzug. Unseres Erachtens trifft letzteres zu. Jedoch ist auf diese Frage nicht weiter einzugehen, da sie eigentlich bei einer Abhandlung über Zahlungsverzug — Zahlungsverzug ist Teilverzug, wenn die Abnahme ausgeführt oder gestundet ist — zu ventilieren sein dürfte.

Die erste Folge des Leistungsverzugs ist die des § 286 Abs. 1 BGB. Hiernach hat der Käufer dem Verkäufer den durch den Verzug entstehenden Schaden zu ersetzen. Der Schadensersatz ist regelmäßig Geldersatz. Es ist der positive Nachteil und der entgangene Gewinn zu ersetzen.[1]) Der

[1]) vgl. Rosenberg a. a. O. S. 261.

Schuldner hat auch die Kosten der Mahnung zu tragen.[1]) Erleidet der Betrieb des Verkäufers durch den Verzug des Käufers eine Störung, so ist dieselbe unter den Schaden zu subsumieren. Hierbei ist aber wohl zu beachten, daß der Schuldner die Leistung selbst nachzuholen hat. Anders dagegen im Falle des § 286 Abs. 2, wenn die Leistung infolge des Verzugs für den Gläubiger kein Interesse mehr hat. Darunter ist folgendes zu verstehen:

Die Abnahmepflicht des Schuldners ist, wie bewiesen, die persönliche Leistung zur körperlichen Wegnahme der verkauften Sache. Wird diese persönliche Leistung verzögert und entsteht also dem Verkäufer hierdurch Schaden, so ist derselbe in vollem Umfang zu ersetzen. Bildet der zeitliche Koeffizient dieser Leistung ein wesentliches Interesse des Gläubigers, so hat derselbe an der verspäteten Erfüllung kein Interesse mehr. Auf die Abnahmeleistung angewendet heißt dies: Ist die Abnahmeleistung zeitlich verspätet, so daß die Nichtabnahme dem Gläubiger keinen weiteren Schaden mehr verursachen kann, dann liegt auch kein Interesse mehr vor, die Abnahmeleistung bewirkt zu sehen.

Solange aber dem Gläubiger durch die Nichtabnahme ein Schaden erwächst, greift bereits Abs. 1 des Paragraphen Platz. Und weil Abs. 2 desselben dem Gläubiger nicht mehr bieten kann, als ihm bereits geboten ist, ist derselbe für den Abnahmeverzug nicht anwendbar.[2])

Die nächste Folge des Abnahmeverzugs ist eine

---

[1]) Keine Haftung des Schuldners für Kosten der Mahnung vor Klageerhebung; vgl. im Recht 1901 S. 259.

[2]) Ähnlich Müller, Diss. S. 107; auch Brinckmann, Diss. S. 33, von andern Voraussetzungen ausgehend: Abnahmepflicht nur, wenn Gläubiger ein rechtliches Interesse an der Abnahme hat. Striebinger a. a. O. S. 68 ff.

Steigerung der Haftung des Schuldners. Der Schuldner haftet während des Verzugs, auch wenn er nach dem Schuldverhältnisse ursprünglich nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten hatte, für jede Fahrlässigkeit. Er haftet sogar für die während des Verzugs durch Zufall eintretende Unmöglichkeit der Leistung, es sei denn, daß der Schaden auch bei rechtzeitiger Leistung eingetreten wäre (§ 287 BGB.). Auf den Abnahmeverzug angewendet könnte das nur die Bedeutung haben, daß der Käufer für jede durch Fahrlässigkeit, ja sogar Zufall eintretende Unmöglichkeit der Abnahmeleistung hafte.[1]) Die durch Zufall oder Fahrlässigkeit eingetretene Unmöglichkeit der Abnahmeleistung bedingt die Unmöglichkeit der Leistung des Verkäufers. Zwar ist dadurch, daß die Leistung auf seiten des Verkäufers unmöglich geworden ist (Untergang der Kaufsache), die Leistungspflicht auf seiten des Käufers als solche nicht unmöglich; denn daran ist immer wieder festzuhalten, daß der Schuldner nicht eine Sache, sondern die persönliche Leistung zur Wegnahme schuldet. Allein diese ist dadurch, daß die untergegangene Sache vom Verkäufer nicht mehr bereitgestellt werden kann, unausführbar geworden.

Die Leistung ist also unausführbar, wenn die Unmöglichkeit der Leistung des Verkäufers vorliegt. Deshalb sind die Bestimmungen über die Unmöglichkeit der Leistung der Kaufsache anzuwenden.[2])

§ 12.

Der Kauf gehört in die Kategorie der gegenseitigen Verträge. Die gegenseitigen Verträge unterstehen zunächst

[1]) Ähnlich Müller, Diss. S. 117.
[2]) RGE. Bd. 57 S. 401.

den Regeln der §§ 320 ff. BGB. Es fragt sich nun, in welchem Verhältnisse diese einerseits zu den allgemeinen Vorschriften über alle Schuldverhältnisse, andererseits zu den besonderen Bestimmungen über einzelne Vertragstypen, im gegebenen Falle über den Kauf stehen. Für uns kommt lediglich ersteres in Betracht. Unstreitig kommen zunächst die §§ 320 ff. als leges speciales; hinter ihnen sind sodann die allgemeinen Regeln auch auf gegenseitige Verträge anwendbar, also beim Verzug hinter § 326 die §§ 284 ff.

Welches ist die Bedeutung und die Tragweite des § 326? Er lautet: „Ist bei einem gegenseitigen Vertrag der eine Teil mit der ihm obliegenden Leistung im Verzuge, so kann ihm der andere Teil zur Bewirkung der Leistung eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, daß er die Annahme der Leistung nach dem Ablauf der Frist ablehne. Nach dem Ablaufe der Frist ist er berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder vom Vertrag zurückzutreten, wenn nicht die Leistung rechtzeitig erfolgt ist. Wird die Leistung bis zum Ablaufe der Frist teilweise nicht bewirkt, so findet die Vorschrift des § 325 Abs. 1 Satz 2 entsprechende Anwendung (d. h. so ist der andere Teil, wenn die teilweise Erfüllung des Vertrags für ihn kein Interesse hat, berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit nach Maßgabe des § 280 Abs. 2 zu verlangen oder von dem ganzen Vertrag zurückzutreten).

Hat die Erfüllung des Vertrags infolge des Verzugs für den andern Teil kein Interesse, so stehen ihm die in Abs. 1 bezeichneten Rechte zu, ohne daß es der Bestimmung einer Frist bedarf".

Bezüglich des Verhältnisses des § 326 zu § 286 gilt folgendes: Sofern der § 326 etwas Besonderes für den

Verzug bestimmt, schließt er als lex posterior specialis die Anwendung des § 286 aus.[1]) Nach § 326 ist unbedingte Voraussetzung des Schadensersatzanspruchs wegen Nichterfüllung oder des Rücktrittsrechts die Fristsetzung in allen Fällen, die nicht unter Abs. 2 fallen, d. h. in denen der Wegfall des Interesses erweisbar ist. Nach § 286 ist unbedingte Voraussetzung des Schadensersatzanspruchs wegen Nichterfüllung unter Ablehnung der Leistung, daß die Leistung für ihn kein Interesse mehr hat.[2]) [3])

Die Vorschrift des § 286 Abs. 1, wonach der Schuldner dem Gläubiger den durch den Verzug entstandenen Schaden zu ersetzen hat, „findet auf gegenseitige Verträge insoweit, als es sich um einen unter Ablehnung der Erfüllung geltend gemachten Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages handelt, nur mit der in § 326 Abs. 1 enthaltenen Maßgabe Anwendung, daß, sofern nicht ein Fall des § 326 Abs. 2 vorliegt, der Anspruch an die vorgängige, mit der vorgeschriebenen Erklärung verbundene Bestimmung einer angemessenen Frist zur Bewirkung der Leistung und an den fruchtlosen Ablauf dieser Frist geknüpft ist. Wird ferner die Leistung bis zum Ablaufe der Frist teilweise nicht bewirkt, so kann der nicht säumige Teil nach § 326, wenn er nachweist, daß die teilweise Erfüllung des Vertrags für ihn kein Interesse hat, Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit verlangen oder vom ganzen Vertrag zurücktreten, welches Recht ihm nach § 286 nicht zusteht.

---

[1]) RGE. Bd. 70 S. 127 ff.

[2]) Daß § 286 Abs. 2 für den Abnahmeverzug ohne Bedeutung ist, s. oben.

[3]) vgl. Crome a. a. O. S. 187.

Auf den Unterschied ist besonders hinzuweisen, daß § 326 Abs. 2 erfordert, daß der nichtsäumige Teil kein Interesse an der Erfüllung des Vertrags hat, während § 286 Abs. 2 zu seiner Anwendung den Nachweis des Interessewegfalls bezüglich der Leistung erfordert. Unter dem Interesse an der Erfüllung des Vertrags ist nicht nur das Interesse an dem Gegenstand der geschuldeten Leistung zu verstehen. Dieses wird nur in seltenen Fällen fehlen. Es genügt, daß der Gläubiger infolge des Verzugs kein Interesse mehr hat, die Leistung gegen seine Gegenleistung zu verlangen. So wenn der Käufer die Kaufsache für den bestimmten Zweck oder zur Deckung desjenigen Bedarfs, zu dem sie dienen sollte, infolge des Verzuges nicht mehr verwenden kann, z. B. weil er sich bereits gedeckt hat.[1]) Es kann die Erfüllung des Vertrags, d. h. die Gegenleistung im Verhältnis zur eigenen Leistung, für den nichtsäumigen Teil kein Interesse mehr haben, während die Gegenleistung an sich immer noch von Interesse für ihn sein kann.[2])

§ 13.

Was nun die Anwendbarkeit des § 326 auf den Abnahmeverzug anlangt, so stehen sich hier die verschiedensten Meinungen gegenüber. Nach unserer bisherigen Erörterung wäre es naheliegend, so zu folgern: § 326 findet seine Anwendung auf gegenseitige Verträge. Der Kaufvertrag fällt unter die gegenseitigen Verträge. Die Pflicht zur Abnahme ist eine aus dem Kaufvertrag sich ergebende Pflicht. Deswegen findet § 326 auf die Abnahme Anwendung.

---

[1]) Düringer-Hachenburg a. a. O. S. 226.

[2]) In demselben Sinne Müller, Diss. S. 119.

Die gegen diese Schlußfolgerung gemachten Einwendungen lassen sich zweckmäßigerweise in drei Gruppen einteilen.[1])

1. Die Abnahmepflicht sei überhaupt keine Leistungspflicht und § 326 daher nicht anzuwenden.

2. Die Vorschrift des § 326 beziehe sich nur auf synallagmatische oder Hauptleistungen und sei deswegen bei der Abnahmepflicht nicht anzuwenden.

3. Wenn eine solche Nebenleistung, wie sie die Abnahme darstellt, nicht erfüllt werde, liege auch keine teilweise Leistung im Sinne des § 326 vor.

Der erste Einwand ist von Romeick und Lippmann erhoben worden. Über Romeicks und Lippmanns Auffassung, daß die Abnahme keine Leistung, daher Abnahmeverzug kein Leistungsverzug und aus diesem Grunde die Anwendbarkeit des § 326 nicht gegeben ist, dürften wir kurz hinweggehen können unter Hinweis auf die obige Widerlegung dieser Ansicht. Auch Kohler, der, wie wir dargelegt haben, die Abnahmepflicht als Gläubigerpflicht auffaßt,[2]) steht auf demselben Standpunkt wie die ebengenannten Schriftsteller.

Gegenüber dem zweiten Einwand ist folgendes auszuführen:

Es sind die verschiedensten Gründe gegen die Natur der Abnahme als synallagmatische oder Hauptleistung ins Feld geführt worden.

So führt Staub aus: Die Bestimmungen des § 326 passen nur auf den Fall, daß der Schuldner mit der Leistung im Verzug ist, die die eigentliche Gegenleistung für die Leistung des Nichtsäumigen ist. Nur diese Gegenleistung steht mit der Leistung des Nichtsäumigen in dem-

[1]) Ähnlich Müller S. 117.

[2]) Arch. f. bürgerl. R. Bd. 13 S. 149 ff.

jenigen synallagmatischen Verhältnis, welches es rechtfertigt, daß der Verzug in der Erfüllung dem Nichtsäumigen das Recht gibt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu wählen oder vom ganzen Vertrag zurückzutreten und die eigene Leistung dabei zu verweigern. Nur auf jene Hauptleistung paßt die Fassung des § 326, nach der der Nichtsäumige jene weitergehenden Rechte hat, wenn der eine Teil mit der ihm obliegenden Leistung im Verzuge ist. Es ist dies die dem Säumigen obliegende Leistung *κατ' ἐξοχήν*. Soll etwa der Käufer deshalb, weil er nicht rechtzeitig für genügende Lagerräume gesorgt hat und deshalb in Abnahmeverzug gerät, nach § 326 den Rücktritt vom Vertrag über sich ergehen lassen müssen, wenn er den Kaufpreis bezahlt hat oder zu zahlen willig ist?

Ferner ist sicher, daß § 326 in den Art. 354—356 a. HGB. sein Vorbild hat; jene Vorschriften aber hatten, was unbestritten ist, zur Voraussetzung, daß die beiden Vertragsteile mit ihrer eigentlichen wirtschaftlichen und begrifflichen Gegenleistung, der Verkäufer mit der Übergabe der Ware, der Käufer mit der Zahlung des Kaufpreises, in Verzug sind.[1])

Die Vorschrift des § 326 greift also nicht Platz, wenn der Käufer mit der Abnahme in Verzug ist. Allerdings legt § 433 BGB. dem Käufer die Verpflichtung zur Abnahme auf, und zwar zugleich mit der Verpflichtung zur Zahlung. Gleichwohl stehen die Abnahme- und Zahlungspflicht nicht gleich. Die Abnahmepflicht ist keineswegs, weder juristisch noch wirtschaftlich, der Gegenwert für die Lieferungspflicht des Verkäufers. Der Gegenwert für die Lieferung der Ware ist der Kaufpreis. Allerdings ist der Käufer zur Abnahme verpflichtet, damit der Verkäufer

[1]) Dagegen Romeick a. a. O. S. 69 ff.

die Sorge um die Ware los werde, allein diese Befreiungspflicht ist nicht die Hauptverpflichtung, nicht das eigentliche Gegenstück der Lieferungspflicht, deshalb § 326 nicht anwendbar auf den Abnahmeverzug.

Dem stimmt Jakobi[1]) bei, indem er ausführt: „Die Parteien dächten beim Kaufabschluß, abgesehen von Sonderfällen, die hier nicht weiter in Betracht kämen, gar nicht an die Abnahme. Der Käufer habe in diesem Augenblick lediglich die Absicht, die Sache zu kaufen und dafür den Kaufpreis zu zahlen. Der Verkäufer wolle den Kaufpreis haben, und deshalb gäbe er die Sache auf, nicht weil er sie los sein wolle. Weder die Höhe des Kaufpreises, noch die Güte der Ware bemesse sich darnach, ob der Käufer abnehmen solle oder nicht. Deshalb handle der Käufer auch nicht den Vertragsabsichten zuwider, wenn er nicht abnehme, den Verkäufer aber von der Lieferungspflicht befreie. Die Pflicht zur Abnahme sei lediglich eine Minderung der dem Verkäufer obliegenden Verpflichtung zur Lieferung. Eine synallagmatische Pflicht sei die Abnahmepflicht nicht".

Demgegenüber dürfte es allerdings richtig sein, daß die Abnahmepflicht in vielen, wenn nicht den meisten Fällen nicht den Gegenwert für die Lieferung des Verkäufers bildet, allein es gibt immer Fälle, wo dies doch der Fall ist.

So führt Makower[2]) einen Fall an, wo die Parteien beim Kaufabschluß lediglich an die Abnahme denken und die Höhe des Kaufpreises mit Rücksicht auf die Abnahmepflicht des Käufers bemessen ist. Es handelt sich um einen Kaufvertrag zwischen der Stadt Berlin und einem

---

[1]) Jakobi a. a. O. S. 287 ff.

[2]) Makower a. a. O. Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. 9c.

Unternehmer, bei dem der Kaufpreis für die zwecks Straßenverbreiterung zu fällenden Bäume allein in deren Abnahme bestand.

Sonach ist es tatsächlich möglich, daß die Abnahmepflicht eine synallagmatische, eine Hauptleistung ist. Dies erkennt Staub auch an, indem er seine Behauptung, daß § 326 nicht auf die Abnahme anzuwenden sei, weil sie eine Nebenleistung sei, dahin abschwächt, daß dies die Regel sei. Immer gäbe es Fälle, wo die Abnahme eine Hauptleistung, eine der Lieferungspflicht des Verkäufers synallagmatische Leistung sei, wo dann § 326 Anwendung finde.

Er führt in dieser Hinsicht aus:

Aber — so fährt Staub (a. a. O. S. 1545) weiter fort — unter Umständen ist die Abnahmepflicht eine Hauptverpflichtung, die zur Anwendung des § 326 führt. So z. B. wenn ein Betrieb eines großen Geschäfts, einer Kohlengrube, auf einen großen Lieferungsvertrag eingerichtet ist; hier würde die Rückständigkeit mit der Abnahme großer Quantitäten die Durchführung des ganzen Betriebes stören. Es sind aber immer besondere Umstände nötig, damit die Abnahme zur Hauptverpflichtung wird. Diese Umstände sind dann gegeben, wenn infolge besonderer Vertragsbestimmung oder nach der Natur der Sache die Abnahme als Teil der dem Käufer obliegenden Hauptleistung gedacht ist. Es ist klar, daß der Charakter der Abnahmepflicht als Hauptverbindlichkeit nicht dann begründet werden kann, wenn zugleich nach der Abnahme Barzahlung zu erfolgen hatte. Denn alsdann liegt bei Nichtabnahme Annahmeverzug und Zahlungsverzug vor, welch letzterer für sich allein zur Anwendung des § 326 führt.

Das Reichsgericht[1]) stimmt mit der Ansicht Staubs überein, daß § 326 Abs. 1 Satz 1 u. 2 nur auf den Fall angewendet werden dürfe, in dem der Schuldner mit der Leistung im Verzuge sei, die eine eigentliche Gegenleistung für die Leistung der nichtsäumigen Partei sei.

Hierzu führt er aus: Auf der Grundlage des Zahlungsverzugs ist die Anwendbarkeit des § 326 Abs. 1 gerechtfertigt. Dagegen muß der Ansicht die Zustimmung versagt werden, daß der Verzug des Käufers mit der Abnahmeleistung dem Verkäufer schlechthin die Rechte aus Satz 1 u. 2 des § 326 Abs. 1 BGB. gewähre. „Die Gesetzesvorschrift darf nicht dahin ausgelegt werden, daß hier ein Verzug mit der dem einen Teil aus dem gegenseitigen Vertrag obliegenden Leistung in all ihren Teilen verlangt sei, daß also beim Kauf der Käufer mit seiner Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises und mit seiner Verpflichtung zur Abnahme der Kaufsache in Verzug sein müsse. Auch die Auslegung ist unrichtig, daß jeder Verzug mit irgendeinem Teile der im übrigen noch nicht erfüllten Leistung, er mag noch so nebensächlicher Art sein, zureiche, um dem anderen Teil die Rechte aus § 326 zu eröffnen.

Vielmehr ist das Richtige wohl das:

Vorausgesetzt ist ein Verzug mit der Leistung, welche die Hauptleistung ist oder doch zu der im übrigen noch nicht erfüllten Hauptleistung gehört. Diese Auffassung wird durch die in Satz 2 ausgesprochenen rechtlichen Folgen bestätigt, die den Verzug mit einer Hauptleistung oder mit einem Teil der im übrigen noch nicht erfüllten Hauptleistung voraussetzen.

Die Abnahme der Kaufsache ist, auch bei Handels-

---

[1]) RG. Bd. 53 S. 161 ff.

käufen, in der Regel weder eine Hauptleistung noch eine solche, die zu der Hauptleistung gehört. Das Gegenteil läßt sich keinesfalls aus dem Wortlaut des § 433 Abs. 2 deuten. Wenn dort gesagt ist, der Käufer ist verpflichtet, den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen und die gekaufte Sache abzunehmen, so darf daraus nicht auf eine überall durchgreifende Gleichstellung jener beiden Teile der Käuferverpflichtung geschlossen werden. Der Verkäufer kann aus einem Verzug des Käufers mit Erfüllung dieser Abnahmeverpflichtung allein die besagten Rechte nur dann ableiten, wenn die Abnahme nach den besonderen Umständen des einzelnen Falles ein Teil der im übrigen noch nicht erfüllten Hauptleistung ist. Die in Satz 2 § 326 Abs. 1 ausgesprochenen rechtlichen Folgen können ihm nur dann zuerkannt werden, wenn die Abnahme nach den besonderen Umständen des konkreten Falles in Wirklichkeit zu der im übrigen noch nicht erfüllten Hauptleistung gehört."

Für den Standpunkt des Reichsgerichts tritt insbesondere Hohenstein[1]) ein, der zugibt, daß zur Anwendung des § 326 grundsätzlich erforderlich ist, daß die verzögerte Leistung den Ersatz, den Gegenwert für die Leistung des Nichtsäumigen bildet. Wenn auch zuzugeben ist, daß die Abnahmeleistung keine Hauptleistung ist — „die Abnahme erscheint als etwas durchaus Selbstverständliches, weil das Motiv zum Abschluß des Kaufvertrages in der Absicht des Käufers besteht, die Sache zu erwerben, die Verfügungsgewalt über sie zu erlangen, d. h. auch abzunehmen; dafür zahlt der Käufer den Kaufpreis" —, so darf man aber der Abnahmeleistung nicht stets die Qualität einer Gegenleistung im Sinne des

[1]) Hohenstein bei Gruchot Bd. 48 S. 711.

§ 326 rauben.[1]) Gibt es doch Fälle, in denen die Abnahmeleistung das einzige Äquivalent für die Lieferungspflicht des Verkäufers bildet.

Endlich sehen wir den Standpunkt des Reichsgerichts und Staubs vertreten im Recht 1905 S. 470 Nr. 1835, S. 471 Nr. 1839. Ausnahmsweise begründet der Schuldnerverzug des Käufers mit der Abnahme der gekauften Sache für den Verkäufer die Ansprüche aus § 326 Abs. 1 Satz 1 und 2, nämlich dann, wenn nach Lage der geschäftlichen Verhältnisse für den Verkäufer ein dem Käufer bekanntes besonderes Interesse an der ordnungsmäßigen Abnahme der Ware besteht.

Dieselbe Meinung finden wir vertreten bei Siméon (a. a. O. Bd. 1 zu § 433), im Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch von Reichsgerichtsräten (§ 433 Anm. 8), auch bei Oertmann (a. a. O. S. 204).

Gegen die eben erwähnten Ansichten tritt auf zunächst Schöller,[2]) indem er folgendes ausführt: Es ist denkbar, daß die Abnahme für den Verkäufer ein so wesentliches Moment des Vertrages ausmacht, daß die Nichterfüllung der Abnahmepflicht ihm das Interesse an der ganzen Erfüllung des Kaufvertrages benimmt, und ihm insbesondere berechtigte Veranlassung gibt, sich die Abnahme anderweit zu sichern. Dies kann unter Umständen der Fall sein beim Kauf von Holz aus Waldungen, eines Hauses auf Abbruch, beim Verkauf von Kisten und leeren Flaschen beim Umzug u. dergl. Es liegt also kein Grund vor, zu sagen, die Abnahmeverpflichtung sei nicht

[1]) Wie dies Lippmann (DJZ. 1904 S. 800), Jakobi (a. a. O. S. 288), Kleineidam (Unmöglichkeit und Unvermögen nach BGB, 1900 S. 219), Kisch (Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen 1900 S. 7, 8) tun.

[2]) Schöller bei Gruchot Bd. 46, 1.

synallagmatischer Natur und ihre Nichterfüllung habe auf den gegenseitigen Vertrag als solchen keinen Einfluß.

Auf diese Erörterungen ist nur das zu erwidern, daß dem Gesetze die Unterscheidung zwischen einer Haupt- und Nebenleistung durchaus fremd ist.

Zu dem dritten Einwand führt Staub folgendes aus:

Gegen die Anwendung des Satzes 3 des § 326 Abs. 1 auf den Abnahmeverzug führt Staub[1]) des weiteren folgende Gründe ins Feld: Man kann nicht sagen, daß wenn eine Nebenleistung nicht erfüllt ist, der Fall der teilweisen Nichterfüllung vorliegt, und daß daher die Folgen der teilweisen Nichterfüllung Platz greifen. Denn es kann keinem Zweifel unterliegen, daß die teilweise Erfüllung etwas ganz anderes bedeutet. Sie bedeutet nicht, daß von zwei verschiedenartigen Verpflichtungen die eine erfüllt wird, sondern sie betrifft lediglich den Fall, daß eine Verpflichtung nicht quantitativ in vollem Maße, sondern nur zum Teil erfüllt wird, daß also der Verkäufer nicht die ganze Ware liefert, der Käufer nicht den vollen Kaufpreis bezahlt. Dies geht insbesondere aus § 323 Abs. 1 hervor. Wenn sich hiernach bei teilweiser Erfüllung die Gegenleistung entsprechend dem ausbleibenden Teil mindern soll und noch dazu nach den Regeln der Minderung beim mangelhaft erfüllten Kaufvertrag, so kann sich dies nur auf die quantitative Teilerfüllung beziehen. Denn wie sollte sich z. B., wenn der Käufer mit der Abnahme im Verzug ist, der Kaufpreis entsprechend der Nichterfüllung dieser Verpflichtung mindern?

Dem Sinne Staubs bezüglich Satz 3 § 326 entspricht OLGRechtspr. Bd. 6 S. 49: Wenn Satz 3 den Fall

---

[1]) Staub a. a. O. S. 1543.

behandelt, daß die Leistung teilweise nicht bewirkt wird, so ist dies auf den Fall zu beziehen, daß die Hauptleistung (Lieferung — Bezahlung der Ware) nur zum Teil erfolgt, nicht aber darauf, daß eine Nebenverpflichtung nicht erfüllt wird.

Gegen die Staubsche Mengetheorie führt Jakobi[1]) aus: Es kann nicht anerkannt werden, daß in § 326 unter teilweiser Bewirkung der Leistung nur eine teilweise Bewirkung der Menge nach verstanden sei. In §§ 320 ff. BGB. ist überall als Leistung die möglicherweise aus einer Reihe verschiedener einzelner Tätigkeiten bestehende Gesamtleistung des einen Vertragschließenden zu verstehen. Das ist um so sicherer, als § 326 auf gegenseitige Verträge überhaupt sich bezieht und unter diesen sehr viele denkbar sind, bei denen wohl eine teilweise Erfüllung der übernommenen Verpflichtung, aber nicht eine Erfüllung nach Mengeteilen in Frage kommen kann. Der § 326 kann aber bei seiner Anwendung auf den Sonderfall des Kaufs nicht einschränkender ausgelegt werden, als er bei Anwendung auf andere Verträge ausgelegt werden muß. Man vergegenwärtige sich nur die Anwendung auf die Leistung des Verkäufers. Auch die Leistung des Verkäufers zerfällt in zwei Teile, die Pflicht zur Besitzverschaffung und die der Rechtsverschaffung. Hier wäre es noch willkürlicher, die eine Pflicht als Haupt- und die andere als Nebenverbindlichkeit aufzufassen.[2]) Erfüllt der Verkäufer nur eine dieser Verpflichtungen und kommt er mit der andern in Verzug, so würde es an einer gesetzlichen Festlegung der

---

[1]) Jakobi im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 43 S. 261 und Makower Bd. 2 S. 1189.

[2]) Tut Staub nicht (S. 1500).

Folgen vollständig fehlen, wenn man nicht die Bestimmungen des BGB. §§ 320 ff. zur Anwendung bringen wollte.[1])

Warum aus § 323 Abs. 1 BGB. unter „Teilerfüllung" nur Teilerfüllung der Menge nach zu verstehen sein solle, ist nicht recht erkennbar. § 323 verweist auf § 473 BGB., der gerade den Fall einer Verpflichtung zu verschiedenartigen Leistungen behandelt. § 473 setzt den Kaufpreis zu anderweitigen Leistungen des Käufers in nähere Beziehung.

Auf die Fassung des § 326 beruft sich Staub zu Unrecht, wenn er unter „der ihm obliegenden Leistung" nur die Hauptleistung versteht. Leistung ist die Gesamtleistung des einen Teils. Der Fall einer teilweisen Erfüllung, auch der einer teilweisen Erfüllung der Menge nach ist aber für den Regelfall, daß auch die teilweise Erfüllung Interesse für den Nichtsäumigen hat, überhaupt nicht ausdrücklich in § 326 geregelt, sondern nur dadurch aus ihm abzuleiten, daß man die Worte „mit der ihm obliegenden Leistung" als auch den Fall „mit einem Teil der ihm obliegenden Leistung" umfassend ansieht.

Ähnlich Schöller a. a. O. bei Gruchot Bd. 46 S. 1 ff., der die Grundsätze der teilweisen Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen hier angewendet wissen will.

Während Schöller für seine letztere Behauptung eine Begründung vermissen läßt, ist eine solche gegeben von Planck[2]): Die Verpflichtung des Käufers zur Abnahme bildet nur einen Teil der dem Käufer obliegenden Verpflichtung. Auf den Fall der Nichterfüllung eines solchen Teils bezieht sich aber die Vorschrift des § 326

[1]) RGE. Bd. 56 S. 152.

[2]) Planck a. a. O. zu § 433; vers. M. Oertmann a. a. O. S. 204.

Abs. 1 Satz 3. Ebenso will Ritter[1]) jedenfalls Satz 3 des § 326 Abs. 1 angewendet wissen. Er glaubt sich bestärkt in seiner Ansicht, nachdem vom Reichsgericht nur die Anwendbarkeit des Satzes 1 u. 2 des Paragraphen bestritten ist.

Rosenberg[2]) erklärt Staubs Ansicht für irrtümlich und führt hierzu an:

Der Irrtum Staubs sei dadurch hervorgerufen, daß man gewöhnlich sagt, eine teilweise Leistung könne nur dann vorliegen, wenn die Leistung teilbar sei, und teilbar sei eine Leistung nur dann, wenn sie unbeschadet ihres Wesens und Wertes in einzelne Teile zerlegt werden könne, welche zusammengenommen (quantitativ) die ganze Leistung ausmachen. Das paßt aber gerade auf die Leistung des Käufers. Wenn beispielsweise der Käufer den Kaufgegenstand am 1. April abnehmen und den Kaufpreis am 1. Juli bezahlen soll, sei er doch zweifellos zu Teilleistungen im Sinne des § 326 BGB. berechtigt.

Wir können durchaus die Ausführungen ebengenannter Schriftsteller gegenüber der Staubschen Theorie über die teilweise Leistung billigen und mit Berufung auf deren Begründungen die Anwendbarkeit des § 326 Abs. 1 Satz 3 bei der Nichterfüllung der Abnahmepflicht für zulässig erklären.

§ 14.

Entschieden mit den klarsten und natürlichsten Gründen wenden sich Düringer-Hachenburg[3]) gegen die Ansicht Staubs und des Reichsgerichts. Es ist davon auszugehen, daß das Bürgerliche Gesetzbuch in

[1]) Ritter a. a. O. S. 544.

[2]) Rosenberg a. a. O. S. 262.

[3]) Düringer-Hachenburg a. a. O. Bd. 3 S. 109.

§ 433 diejenigen Verpflichtungen hervorheben wollte und auch hervorgehoben hat, welche es als die für die Existenz des Kaufvertrags *wesentlichen* ansieht. Ist der Käufer zur Abnahme überhaupt nicht verpflichtet, so liegt ein Kaufvertrag nicht vor. Es findet der Umsatz von Ware und Geld, wie ihn das Gesetz geregelt hat, nicht statt. Also ist die Erfüllung der Verpflichtung zur Abnahme die einer wesentlichen Verpflichtung. Sie ist die der Verpflichtung des Verkäufers zur Übergabe äquivalente Hauptverpflichtung des Käufers. Man darf im Falle ihrer Nichterfüllung den Verkäufer nicht auf den Schadensersatzanspruch beschränken, sondern muß sein Recht zum Rücktritt von dem durch den Verzug des Käufers vereitelten Vertrag ebenso anerkennen wie in dem Falle, in welchem der Käufer seiner Zahlungsverbindlichkeit nicht nachkommt.

Dieses Resultat entspricht auch dem Bedürfnisse der Billigkeit und des Verkehrs. Die Nachteile, die dem Verkäufer dadurch entstehen, daß die verkaufte Ware nicht abgenommen wird, daß er infolgedessen die Ware nicht übergeben kann und ihre Gefahr weiter tragen muß,[1]) können vielfach in Geld nicht ausgeglichen werden. Durch die von *Staub* angenommene enge Auslegung des Gesetzes, die dem Verkäufer den Rücktritt vom Vertrag und damit die Möglichkeit der sofortigen anderweitigen Disposition über den Kaufgegenstand unmöglich macht, würde der Verkäufer in vielen Fällen genötigt, anstatt den Schaden in einfacher Weise *abzuwenden*, zunächst alle nachteiligen Konsequenzen des schuldhaften

---

[1]) Erfüllt der Schuldner (= Käufer) seine Abnahmepflicht nicht, so kann das allein nicht den Gefahrübergang auf ihn begründen (Bd. 57 Nr. 90 S. 406). Unrichtig daher *Brinkmann* a. a. O. S. 52.

Verhaltens des Käufers über sich ergehen zu lassen und dann wegen der Ausgleichung des Schadens einen unter Umständen langwierigen Prozeß zu führen. Ein derart unpraktisches Resultat kann man nicht als vom Gesetzgeber gewollt unterstellen. Man darf dies um so weniger tun, als der Gesetzgeber in so klaren Worten, wie in § 433 geschehen, die Bedeutung hervorhebt, die er der Erfüllung der Abnahmepflicht beimißt. Die Abnahmepflicht ist Hauptverbindlichkeit, und damit entfallen die Folgerungen Staubs, die er aus dem Umstand herleitet, daß sie nur Nebenverbindlichkeit sei. Allerdings wird der Käufer, der nicht abnimmt, in der Regel auch in Verzug der Annahme kommen und, wo Erfüllung Zug um Zug stattzufinden hat, auch in Zahlungsverzug geraten. Aber dadurch ist die Auslegung des Gesetzes nicht gerechtfertigt. Staubs Bezugnahme auf den Inhalt des § 323 Abs. 1 BGB. ist nicht schlüssig.

Die Erwägung Staubs, daß der Käufer den in § 323 vorgeschriebenen Verlust des Anspruchs auf die Gegenleistung des Verkäufers nur dann erleiden dürfe, wenn die Hauptleistung des Käufers fortfalle, wird gegenstandslos, wenn man auf den Fall des Fortfallens der Nebenleistung des Käufers die in § 323 Abs. 1 ebenfalls enthaltene Vorschrift über teilweisen Fortfall des Käufers anwendet. Denn dann verliert er eben nicht ganz, sondern nur zu einem dem Wert der Nebenleistung zu demjenigen der Hauptleistung entsprechenden Teile den Anspruch auf die Gegenleistung des Verkäufers.

Wenn Staub den Gesichtspunkt der Billigkeit und der Gerechtigkeit hervorhebt, so besteht er gerade so bei der hier vertretenen Ansicht, um so mehr, als bei Anwendung von § 326 Abs. 1 stets eine raschere Erledigung herbeigeführt werden kann, während nach Staubs An-

sicht die nachträgliche Erfüllung nur im Falle des § 286 Abs. 3 abgelehnt werden könnte.

Die Ergebnisse der einander gegenüberstehenden Ansichten weichen auch nicht weit voneinander ab, da selbst Staub sich gezwungen sieht, diejenigen Nebenleistungen, die in so engem Zusammenhang mit der Hauptleistung stehen, daß sie sich als eine Modalität der Hauptleistung darstellen, doch wieder für Hauptleistungen zu erklären.

Im übrigen ist die Ansicht Staubs, daß bei Verzug nur bezüglich der „Modalität der Hauptverpflichtung" dennoch § 326 anzuwenden sei, unvereinbar mit seiner Ansicht, daß bei teilweiser Erfüllung § 326 Satz 3 nur anwendbar sei, wenn es sich um Mengeteile handelt.

Teilweise Nichtbewirkung der Leistung liegt sowohl dann vor, wenn ein Mengeteil nicht geliefert ist, als auch dann, wenn die geschuldete Gesamtleistung aus mehreren je auf den ganzen Gegenstand sich beziehenden[1]) oder aus mehreren nur durch ihre Beziehung zu einem gemeinsamen Wertmaß miteinander vergleichbaren Einzelleistungen besteht und nur eine dieser Einzelleistungen nicht bewirkt ist.

Daß die hier vertretene Auffassung dem Standpunkt des Gesetzgebers entspricht,[2]) ergibt die Vorschrift des § 375 HGB., welche an den Abnahmeverzug des Käufers beim Spezifikationskauf gleichfalls grundsätzlich die speziellen Folgen des Verzugs beim gegenseitigen Vertrag knüpft. Zwischen der Pflicht des Käufers zur Abnahme und der Verpflichtung zur Spezifikation besteht aber nur ein

---

[1]) JurW. 1903 S. 183, 303.

[2]) Düringer-Hachenburg a. a. O. S. 80 ff.

gradueller Unterschied,[1]) und die für letztere gegebenen Erwägungen treffen auch für die erstere zu.[2])

Einer vermittelnden Ansicht neigt Neumann[3]) zu, der die Frage von Fall zu Fall entschieden wissen will.

Die Ansicht Düringer-Hachenburgs wird wieder bekämpft in DJZ. 1904 S. 304, wo ausgeführt ist: Die Auffassung Düringer-Hachenburgs, daß die Abnahmeverpflichtung ein wesentlicher Bestandteil des Kaufvertrags sei, und daß wenn der Käufer zur Abnahme überhaupt nicht verpflichtet ist, ein Kaufvertrag nicht vorliege, ist irrig und beruht auf einer Verwechslung der rechtlichen Begriffe der essentialia und naturalia negotii. Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch sind nur die Verpflichtung des Verkäufers zur Verschaffung der Kaufsache, die Verpflichtung des Käufers zur Zahlung des Kaufpreises wesentliche Bestandteile des Kaufes, die ihm sein Charakteristikum geben. Die Verpflichtung des § 433 Abs. 2 ist lediglich als eine Wirkung des Kaufvertrags bestimmt, die ihm, dem Kaufvertrag, in der Regel zukommt, aber nicht wesentlich ist, so daß sie von den Parteien ausgeschlossen werden kann. Für eine entgegengesetzte Auffassung findet sich nirgends ein Anhaltspunkt. Es ist auch unerfindlich, warum der Gesetzgeber zu einer derartigen Überspannung des Erfordernisses der Abnahmepflicht gelangt sein sollte, wenn er einem Vertrag die Eigenschaft als Kaufvertrag entzogen haben wollte, wenn derselbe das Geding enthält, dem Verkäufer stehe bei Verweigerung der Abnahme — unbeschadet seines Rechts auf Zahlung des Kaufpreises mit den damit verknüpften

---

[1]) vgl. Crome a. a. O. S. 426, 44.

[2]) And. M. Striebinger a. a. O. S. 67; richtig Müller a. a. O. S. 130.

[3]) a. a. O. zu § 433 IV, 3.

weiteren Rechten — nur die Befugnis zum Selbsthilfeverkauf aus §§ 383 ff. BGB., § 373 HGB. zu.

Diese letzteren Einwendungen dürften nach unseren obigen Ausführungen entkräftet sein.

Was den Abs. 2 des § 326 anlangt, so meinen Düringer-Hachenburg,[1]) daß in der Säumnis des Käufers mit der Erfüllung der Verpflichtung zur Abnahme ein Grund liege, das fehlende Interesse an dem Vollzug des Vertrags anzunehmen. In diesem Fall ist die alsbaldige Abnahme der Ware wesentlich. Als Beispiel wird der Fall angeführt, wenn der Verkäufer den Preis deshalb so niedrig setzt, weil er den Platz, auf dem die Ware lagert, dringend braucht. Wird sie nicht abgeholt und verliert er dadurch die Möglichkeit, den Raum zu verwerten, so entsteht ohne weiteres sein Recht, statt der Erfüllung Schadensersatz zu fordern oder vom Vertrage abzustehen, falls der Käufer nicht am bedungenen Tag die Ware abholt.[2])

§ 15.

Wie schon oben bemerkt, sind die Auslegungen Staubs und die Erwägungen des Reichsgerichts nicht stichhaltig. Vielmehr ist für die stete Anwendbarkeit des § 326 BGB. einzutreten. Es kommt unserer Ansicht nach nicht darauf an, was die Juristen alles aus dem Gesetze herauslesen und herausgelesen haben, sondern darauf, mit Bewußtsein dem Willen des Gesetzgebers gefolgt zu sein. Der Gedanke, daß die Vorschriften über die gegenseitigen Verträge bei der Abnahme nur, wenn sie Hauptleistung oder synallagmatische Leistung sei, gelten sollen, ist in das Gesetz

[1]) Düringer Hachenburg a. a. O. Bd. 2 S. 226.
[2]) Ebenso Makower a. a. O. S. 721.

hineingetragen. Mit Unrecht. Denn das Gesetz kennt keine Teilung einer Leistung in Haupt- und Nebenleistung. Es kann nicht darauf ankommen, in § 326 alle möglichen einzelnen Teilbestände einer Leistung auseinanderzuhalten, die Leistung gewissermaßen zu sezieren. Es ist gegen die Ansicht, daß der Gesetzgeber die Abnahmepflicht in § 433 zwar nicht dem Charakter nach gleich der Zahlungspflicht behandelte, aber doch als gleichartig angesehen wissen wolle, nichts Stichhaltiges vorgebracht worden.

Unsere Ansicht entspricht auch der Billigkeit und Zweckmäßigkeit. Die Interessen des Verkäufers, im Falle des Verzugs seine eigene Leistung retten zu können und der komplizierten Schadensersatzberechnung aus dem Wege zu gehen, sind erfüllt. Die Nichtachtung der Interessen des Käufers liegt fern; denn durch die mindestens einmalige Fristsetzung mit der Androhung des Rücktritts vom ganzen Vertrag oder der Ablehnung der ganzen Leistung wird das Interesse des Käufers genügend gewahrt. Erfüllt der Käufer trotzdem nicht, so muß er auch die Folgen tragen. Das ist nur billig.[1])

§ 16.

Zusammenstellung der Rechte, welche dem Verkäufer beim Abnahmeverzug zu Gebote stehen:

1. die Klage auf Abnahme;

2. die Klage auf Leistung nebst (akzessorischem) Schadensersatz wegen des durch den Verzug entstandenen Schadens (§ 286 Abs. 1);

3. Beschränkung der Haftung (§§ 300 u. 302);

4. das Recht auf Ersatz der Mehraufwendungen im Sinne des § 304;

---

[1]) Rosenberg a. a. O. S. 263.

5. das Recht auf Hinterlegung (§§ 373 ff. HGB.);
6. das Recht auf Selbsthilfeverkauf (§§ 373 ff. HGB.);
7. das Recht auf Rücktritt und die daran sich etwa anschließenden Ansprüche nach § 327 BGB.;
8. das Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.